

THÈSE DE
LYON.
1882
N^o. 5.

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

Du Gage envisagé surtout comme Contrat

DROIT FRANÇAIS

DES MAGASINS GÉNÉRAUX
ET DES WARRANTS

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le 6 Juillet 1882

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR

Antonin VERMOREL

Avocat à la Cour d'Appel

LYON

IMPRIMERIE A. WALTENER ET C^{ie}

14, Rue Belle-Cordière, 14

1882

DROIT ROMAIN

A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

Du Gage envisagé surtout comme Contrat

DROIT FRANÇAIS

DES MAGASINS GÉNÉRAUX
ET DES WARRANTS

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue le 6 Juillet 1882

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR

Antonin VERMOREL

Avocat à la Cour d'Appel

LYON

IMPRIMERIE A. WALTENER ET C^{ie}

14, Rue Belle-Cordière, 14

1882

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

MM. CAILLEMER, ✱ Doyen, professeur de Code civil.
MABIRE, professeur de Code civil.
GARRAUD, professeur de Droit criminel.
APPLETON, professeur de Droit romain.
FLURER, professeur de Code civil.
THALLER, professeur de Droit commercial.
ROUGIER, professeur d'Economie politique.
ENOÜ, professeur de Droit administratif.
AUDIBERT, professeur de Droit romain.
HANOTEAU, professeur de Procédure civile.
COHENDY, agrégé, chargé du Cours de Droit international public.
LESUEUR, agrégé, chargé du Cours d'Histoire du Droit français.
SAUZET, agrégé, chargé du cours de Législation industrielle.
BECQ, Secrétaire, agent comptable.

JURY :

<i>Président :</i>	MM. THALLER, professeur,
	CAILLEMER, ✱ Doyen.
<i>Suffragants :</i>	HANOTEAU, professeur.
	COHENDY, agrégé.
	SAUZET, agrégé.

DU GAGE

I. — Un prêt peut se réaliser entre deux personnes sans qu'il intervienne de contrat accessoire. Pour que cette hypothèse se réalise il faut supposer que le débiteur est un homme probe, fidèle à tenir ses engagements, et qu'il est connu comme tel par le créancier.

Faites disparaître l'un de ces deux éléments; la conséquence sera que le prêt ne se réalisera pas ou qu'il ne se réalisera que moyennant certaines garanties exigées par le créancier. Ces garanties peuvent être de deux sortes : les unes sont dites personnelles, les autres réelles.

Les garanties personnelles semblent être apparues les premières, elles étaient même alors à ce point limitées que les cautions n'étaient pas tenues plus de deux ans et que leurs héritiers n'étaient nullement tenus (1). Les garanties réelles ne sont apparues que les dernières et cela s'explique

(1) Consultez sur ce point l'étude de M. Appleton sur les sponsores, fidepromissores et fidejussores. *Revue de Législation*, année 1876, p. 541 et suiv.

par l'habitude, chez les nations anciennes, à ne considérer que les garanties personnelles comme garanties sérieuses, peut-être aussi par la difficulté où ces peuples se trouvaient de constituer d'une manière pratique un gage quelconque; nous en trouverons du reste une preuve lorsque nous étudierons l'histoire du gage chez le peuple romain.

C'est l'étude de ces garanties réelles ou plutôt d'une de ces garanties réelles, le gage, que nous allons entreprendre ici. Nous étudierons, en droit romain, le contrat de gage, en droit français nous restreindrons même cette étude après quelques observations sur le gage en général, à l'étude de la législation sur les magasins généraux.

Les Romains ont connu trois sortes de sûretés réelles: le *pignus cum fiducia*, le *pignus sine fiducia* et l'hypothèque.

Les deux premières sûretés se distinguaient seulement en ce que la première donnait au créancier la propriété et la possession de l'objet engagé, et la seconde, la possession seulement; comme conséquence, les modes de constitution n'étaient pas les mêmes, ainsi que nous aurons occasion de le voir. Quoiqu'il en soit, ces deux sortes de sûreté transmettaient au créancier la possession de l'objet engagé et par là se séparaient nettement de l'hypothèque qui résultait d'une simple convention, sanctionnée par le prêteur, et sans mise en possession préalable. *Propria pignus decimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*. L. 9. §. 2. D. de pign. act. (XIII. 7).

Là s'arrêtait toutefois la différence entre le gage et l'hypothèque, et sans aller aussi loin que Marcien dans le texte suivant : *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (l. 5, § 1 D. de pignus et hyp. XX. 1)

on peut dire que sauf la différence signalée, la ressemblance est parfaite, notamment quant aux effets. *Inter pignus et autem hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur* (Inst. 6. § 7. IV). Nous voyons, en effet, cette même confusion, établie jusque dans la rubrique du titre du Digeste, auquel nous ferons le plus grand nombre d'emprunts : « *de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum.* » Nous considérerons désormais ces deux expressions comme synonymes, sauf la différence ci-dessus indiquée et les textes où il sera parlé de l'hypothèque seront par nous appliqués au gage, la différence quant à la mise en possession étant soigneusement maintenue.

Il nous reste, maintenant que nous avons indiqué d'une façon rapide les principales différences existant entre les trois espèces de sûretés réelles connues des Romains, à préciser l'objet même de notre étude, et enfin à faire connaître les principales divisions de notre travail.

Nous ne nous occuperons pas ici du *pignus cum fiducia*; tombé depuis longtemps en désuétude, le *pignus cum fiducia* ne fut pas longtemps la forme de sûreté réelle la plus en honneur, à l'heure actuelle il n'est l'objet que de recherches historiques; c'est à l'étude du gage, du *pignus, sine fiducia* ou plus simplement du *pignus* que nous consacrerons nos efforts; l'hypothèque, si voisine du *pignus*, se trouvera par cela même expliquée au moins dans ses grandes lignes et quant à ses effets, il suffira, pour quiconque voudra avoir une étude complète de l'hypothèque, d'augmenter notre travail par l'étude des modes de constitution de ce genre de sûreté.

II. — La division que nous suivrons comprendra quatre chapitres. Dans le premier consacré à l'histoire du droit du gage, nous pourrons préciser les différences jusqu'ici indiquées entre les trois sortes de sûretés réelles en usage à Rome, montrer pourquoi elles se sont succédé l'une à l'autre et à quel besoin du monde romain elles répondaient.

Le deuxième chapitre sera consacré entièrement à l'étude du mode de constitution du droit de gage ; nous aurons à ce moment à résoudre des questions telles que les suivantes : Qui peut constituer un gage ? quel peut être l'objet du gage ? Quelles créances peuvent être garanties ?

Avec le chapitre troisième nous passerons à l'étude des effets du droit de gage et nous aurons à examiner les droits que peuvent avoir les créanciers dans leurs rapports avec leur débiteur, les droits qu'ils peuvent avoir dans leurs rapports avec les tiers, enfin les droits qui sont conférés au débiteur.

Nous terminerons par le quatrième chapitre l'étude du gage en nous demandant comment ce contrat peut prendre fin.

CHAPITRE I

Historique.

I

L'idée du gage entraîne forcément, à notre esprit, la conséquence que l'objet donné en gage ne sera mis que pour un temps à la disposition du créancier ; le gage doit en quelque sorte naître et mourir avec la créance qu'il garantit.

Il s'ensuit que, sorti plus ou moins du patrimoine du débiteur, lors de la création de l'obligation, il doit y rentrer entièrement à l'extinction de cette même obligation. Il reste à savoir maintenant comment s'opérait chez les anciens Romains ce passage successif d'un même objet dans le patrimoine du créancier puis du débiteur.

Il faut avouer que les modes de transfert que possédaient alors les Romains, joints à leurs idées sur la propriété, s'accommodaient mal avec ce double passage qu'entraînait la constitution du gage.

Qu'on se rappelle, en effet, les modes dont ils étaient alors pourvus. Les Romains ne connaissaient que le transport de la propriété; la possession n'était alors pour eux qu'un simple fait, et rien n'avait été imaginé pour sa transmission. Le transport même de propriété ne s'opérait à l'origine que par le *nexum*, que remplacèrent plus tard la mancipation et l'*in jure cessio*. De là les expressions de *nexus pignoris* ou *nexus* tout court.

Par ces modes *nexum*, *mancipatio*, *in jure cessio* la propriété entière de l'objet était transférée du débiteur au créancier, et ce n'était pas là une propriété révocable, car les Romains ne comprenaient pas la propriété en dehors de la propriété perpétuelle. On sait même que ce point de vue resta longtemps le leur, et que s'il fut modifié dans les deux ventes que rendait conditionnelles l'adjonction des pactes connus sous le nom de *in diem addictio* et de *lex commissoria*, cette innovation ne fut même reçue que fort tard et sous l'influence d'Ulpien.

Tirons maintenant la conséquence de ce qui précède : par le mode employé la propriété était transférée, vu l'idée des Romains sur la propriété, elle était transférée à toujours, et cependant, avons-nous dit au commencement de ce chapitre, le gage ne devait pas durer plus que la créance elle-même, l'objet donné en gage devait revenir en la possession et la propriété du débiteur.

II

Pour obtenir ce dernier résultat les Romains employèrent le procédé suivant : en même temps que s'opérait le transport de la propriété, intervenait entre le créancier et le débiteur une convention en vertu de laquelle le créancier s'obligeait personnellement envers le débiteur

à lui retransférer la propriété de l'objet engagé, sitôt que lui-même aurait été désintéressé. Cette convention portait le nom de *fiducia*. Ce pacte devait-il faire corps avec l'*in jure cessio* ? Ce point controversé a été définitivement résolu dans le sens de la négative, en 1867 par la découverte que l'on fit en Andalousie près de la ville de Bonanza d'une plaque de bronze située à l'embouchure du Guadalquivir.

Grâce à ce pacte le créancier était tenu de retransférer lors du paiement la propriété au débiteur. Que si ce pacte n'était pas intervenu, ce transfert de propriété du créancier au débiteur pouvait encore s'effectuer au moyen d'une institution originale entre toutes, je veux parler de l'*usureceptio*. Gaïus décrit l'*usureceptio* dans les § 59 et 60, II, de ses commentaires.

Si l'on examine cette institution singulière, on verra que toutes les règles ordinaires de l'usucapion avaient été violées pour obtenir ce résultat du retour de la propriété de l'objet engagé au débiteur. L'usucapion suppose d'ordinaire la bonne foi et un juste titre ; ici, il n'en était rien, l'usucapion était lucrative. L'usucapion ordinaire a une durée différente, selon qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble : un an pour un meuble, deux ans pour un immeuble ; notre usucapion n'a qu'un seul et même délai, sans distinguer s'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble ; le délai est d'un an.

Ainsi se trouvait comblée la lacune qui existait lorsqu'il n'y avait pas de pacte de fiducie ; ainsi s'opérait le retour de la propriété de la chose donnée en gage. Mais tous ces moyens n'étaient pas sans inconvénient. L'usucapion *lucrativa* supposait une mise en possession qui ne pouvait être que volontaire de la part du créancier ou résulter du pur hasard. Suppose-t-on un pacte de fiducie,

le créancier est tenu par l'action de fiducie de retransférer la propriété : mais ce n'est là qu'une obligation personnelle à laquelle un créancier malhonnête peut se soustraire en encourant des dommages-intérêts.

Le débiteur est en outre privé de la jouissance de l'objet engagé ; il est vrai que dans nombre de cas une convention intervenait entre le créancier et le débiteur, convention en vertu de laquelle le débiteur recevait du créancier l'objet engagé à titre de louage ou de précaire. Le créancier, démuní ainsi, en fait, de la possession, pouvait toujours la recouvrer en usant des interdits que lui conférait la convention intervenue. Mais même avec ce correctif le gage ainsi constitué protégeait trop le créancier au préjudice du débiteur. Le créancier pouvait en effet vendre l'objet engagé dont il avait la propriété, et le débiteur n'avait alors que le recours souvent illusoire que lui conférait l'action personnelle, résultant du contrat de fiducie. De là un nouveau progrès.

III

Le second mode de constituer un gage est encore plus simple que celui dont nous venons de parler, mais il est loin d'avoir la même efficacité. La propriété de la chose engagée ne fut plus transférée au créancier ; on ne pouvait même dire qu'il acquérait un droit réel sur la chose, il était simplement mis en possession de la chose. Il est probable qu'à l'origine cette remise, effectuée dans les conditions sus-énoncées, ne conférait au créancier qu'un simple droit de rétention, mais il y avait là pour ce dernier une garantie réelle dans l'impossibilité physique où se trouvait le débiteur de disposer de la chose, et du désir

qu'il devait avoir de la recouvrer en acquittant la dette. Cependant on ne dut pas tarder à accorder au créancier, détenteur de la chose engagée, la protection que le prêteur accordait à ceux qui détiennent une chose avec l'intention de la posséder pour eux, en d'autres termes on lui accorda les avantages que conférait la possession telle qu'elle fut définitivement reconnue en droit romain. Ce contrat prit bientôt place parmi les contrats réels et engendra les actions *pigneratitia directa* et *pigneratitia contraria*. Enfin pour compléter les garanties que pouvait désirer le créancier, il intervenait souvent entre le créancier et le débiteur une convention en vertu de laquelle le créancier pouvait vendre l'objet donné en gage.

Ainsi, le gage constitué de cette façon, se rapproche considérablement du gage constitué *cum fiducia*.

Signalons pourtant, ici, une double différence : le créancier gagiste n'obtenait pas tous les avantages que conférait la possession et s'il avait les interdits possessoires, le débiteur conservait devers lui la possession *ad usucapionem*. D'autre part, le pouvoir accordé au créancier gagiste d'aliéner l'objet engagé ne pouvait résulter, à l'origine, que d'une convention, comme le dit Gaïus en ses commentaires II, § 64. *Item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est ut liceret creditori. pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Ce fait est mis plus en évidence, s'il est possible, par ce texte de Javolenus: *Si is qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset vendidit..... furti se obligat.* l. 73. D. de furt. XLVII, 2. Plus tard le pouvoir d'aliéner la chose devint de la nature du *pignus*, il fut sous-entendu dans le contrat; du reste le créancier non

payé ne pouvait exercer ce pouvoir qu'à charge de faire trois dénonciations successives au débiteur.

La vente une fois faite, le créancier commence par e payer lui-même sur le prix et s'il y a un boni il lui appartient de distribuer cet excédant aux créanciers subséquents.

A défaut d'acheteurs il ne pouvait ni s'approprier la chose à titre de paiement, ni par conséquent l'acheter par intermédiaire. Il lui reste le droit de s'adresser à l'Empereur et d'obtenir de lui l'autorisation de posséder *animo domini*. Cette possession ne peut lui être accordée avant Justinien qu'après des affiches apposées pendant un an et notifiées au débiteur. L. 4. C. de distr. pign. Sous Justinien, il faut qu'il s'écoule un délai de deux ans. Cette autorisation le met *in causa usucapiendi*.

Quelque modifié que fût ce système il présentait encore des inconvénients résultant de la nécessité d'une mise en possession préalable, et d'une détention sans profit appréciable pour le créancier, onéreuse pour le débiteur, à moins que la possession ne fût retransférée au débiteur à titre de précaire ou autrement. Le droit prétorien allait, en supprimant cette complication, créer la troisième forme de garantie réelle, je veux dire l'hypothèque.

L'origine de l'hypothèque est la suivante. Le gage, tel que nous l'avons indiqué, était impraticable toutes les fois que le débiteur se trouvait dans l'impossibilité de remettre au créancier la possession de l'objet donné en gage. Tel était notamment le cas du fermier qui devait les fermages au bailleur et qui n'avait généralement d'autres bien que les esclaves, les bestiaux, les ustensiles aratoires et les autres objets mobiliers qu'il introduisait dans la ferme pour l'exploitation agricole; or,

il ne pouvait les donner en gage sans se mettre dans l'impossibilité de cultiver. Il s'agissait de concilier les intérêts des deux parties; à cet effet, on se contenta d'une simple convention sans dépossession actuelle. Le fermier, après avoir donné caution à raison des fermages qu'il devait, ajoutait la clause suivante. « *Idibus solvito. Recte haec dari fierique, satisque dari domino, aut cui jusserit, promittito satisque dato arbitrato domini.*

Donicum solutum erit aut ita satistatum erit quae in fundo illata erunt pignori sunt. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domino esto. Si quid de iis rebus controversia erit, Romae iudicium fiat. » (1).

Que si le fermier exécutait fidèlement son engagement, cette formule restait sans effet, mais s'il ne payait pas, s'il ne fournissait pas la caution promise, ou s'il enlevait les bestiaux, les esclaves et les instruments aratoires introduits dans la ferme, le créancier trouvait dans la convention le droit de faire saisir ces objets. Ce n'est pas à dire que le droit civil lui vînt en aide, mais il en fut différemment du droit honoraire.

IV

Le préteur Salvius créa un interdit qui permit au créancier de s'emparer des objets apportés dans la ferme, des *illata*, qu'ils fussent encore dans la ferme ou qu'ils aient été transportés en tout autre lieu; la protection qu'il accordait à cet effet était donnée suivant la formule habituelle : *quominus ea ducas, vim fieri veto*. Cet interdit *adipiscendae possessionis* présentait donc une garan-

(1) La formule que nous reproduisons ici, est extraite du *de re rustica* de Caton, c. 146-149.

tie pour le créancier, mais ce n'était encore qu'une garantie trop insuffisante, car elle ne donnait que l'avantage résultant du fait de la possession, et encore pour l'obtenir il fallait courir les chances pénales qu'offrait la procédure de cet interdit. Aussi Servius, un autre prêteur, alla-t-il jusqu'à établir un rapport légal en créant une *in rem actio*, l'action Servienne, au moyen de laquelle le bailleur pouvait revendiquer les objets apportés dans la ferme tout comme l'aurait fait un créancier gagiste. Le caractère auquel on s'attachait n'était pas uniquement l'apport des objets dans la ferme, ce n'était pas d'autre part la mise en possession comme dans le gage ; c'était ce fait unique que l'objet fût dans les biens du débiteur, *in bonis debitoris*, au moment où se concluait la convention : Sans cette condition, en effet, le bailleur d'un *praedium rusticum* ne saurait prétendre à un droit réel, pareil droit ne pouvant être établi que par le maître de la chose. De tout ce qui précède, il résultait que le bailleur se trouvait, en vertu d'une simple convention, être aussi avantagé que si le gage lui avait été constitué suivant l'ancienne forme, sans que le débiteur fût privé de la possession de sa chose.

Ainsi le bailleur était un créancier gagiste au profit duquel la constitution du gage était consentie et assurée extraordinairement. Il ne restait plus qu'à généraliser l'institution ; c'est ce que l'on fit en étendant à tous les créanciers gagistes l'action servienne, sous le nom d'action quasi-servienne.

CHAPITRE II

Etude du mode de constitution du droit de gage.

I — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU CONTRAT DE GAGE

Le contrat de gage est un contrat accessoire qui dans la pensée des parties se rattache toujours à une obligation née ou à naître. Ce contrat est réel, c'est-à-dire qu'il se forme par la remise d'une chose que les parties considèrent dans son individualité, et non comme un *genus*. La *res* n'a pas dans notre contrat la même importance que dans le *mutuum*.

Dans le gage la *res* n'est qu'une condition de la formation du contrat ; mais cette condition remplie, le consentement des parties opère avec même liberté et même puissance que dans les contrats consensuels. Dans le *mutuum*, au contraire, la *res*, quoique également exigée par la nature des choses, a toute la valeur d'une solennité civile : comme les paroles dans la stipulation elle limite à ce qu'elle contient la portée et les effets du con-

sentement : Autant il y a dans la dation, autant il y aura dans l'obligation. A ce point de vue le mutuum se rapproche des contrats verbis et litteris, tandis que le gage se rapproche sensiblement des contrats consensuels (1).

Gardons-nous de croire toutefois que la promesse de donner un gage, non suivie de tradition, soit complètement inefficace, et ne puisse donner naissance à aucun droit, à aucune action. Du jour où l'hypothèque a été admise, comme elle s'établissait par simple pacte, il en est résulté que la promesse acceptée de constituer un gage donnait naissance à une hypothèque si la chose était déterminée.

L'admission de l'hypothèque va rendre encore valable une autre convention qui sans cela se trouverait inefficace. Je vous montre un objet en or que je consens à vous donner en gage, puis je vous donne à sa place un objet en cuivre. Il est certain que le contrat de gage n'aura pu se former, puisque l'or, objet de ce contrat n'a pas été livré, et que d'autre part le consentement des parties n'a pas porté sur le cuivre qui a été livré. Mais il y aura une convention d'hypothèque valable relativement à l'or, et le créancier pourra demander à être mis en possession, loi I, § 1, XIII, 7 D. Si au contraire le débiteur a donné en gage du cuivre, en affirmant que c'était de l'or, et l'a livré, comme il y a eu consentement sur l'objet engagé, le contrat se forme : le cuivre, et le cuivre seul, sera affecté d'un droit de gage. Seulement le débiteur, par suite de son dol, se verra poursuivi par l'action *pigneraticia contraria* et obligé de fournir un supplément de gage.

La *res* n'intervenant ici que pour servir de support à

(1) *Accarias*. Précis de droit Romain. T. 2. p. 392.

toutes les conventions expresses ou tacites des parties, il en résulte particulièrement que le contrat de gage n'est pas unilatéral, mais fait partie de ces contrats que la doctrine moderne appelle synallagmatiques imparfaits, contrats qui donnent naissance à deux actions. L'une l'action *pigneraticia directa* profite au débiteur ; elle est ainsi appelée, parce qu'elle dérive directement et immédiatement du contrat, qu'elle en forme une condition essentielle. L'autre appartient au créancier, *accipiens*, et est appelée *contraria* parce qu'elle naît bien à l'occasion du contrat, mais d'un fait postérieur qui peut ou non se réaliser. Les jurisconsultes Romains traitaient ces contrats comme les véritables contrats synallagmatiques, et les actions qu'ils produisaient étaient *bonæ fidei*. Ces actions étaient, en outre, *incertae*, car le fait qui les engendre ne met pas en lumière immédiate la quantité des choses dues.

Notre contrat peut fort bien exister sans qu'il y ait un gage. En effet, ce qui donne au contrat sa nature particulière, c'est le consentement des parties qui remettent et acceptent la chose dans l'intention commune de la faire servir de gage ; il n'importe que cette intention se réalise ou ne se réalise pas. Le droit de gage exige au contraire certaines conditions qui ne sont pas essentielles pour le contrat, comme par exemple une chose appartenant au constituant.

La formation du contrat de *pignus* peut être affectée d'une condition suspensive ; on pourrait, par exemple, insérer dans un dépôt une clause en vertu de laquelle il se convertirait en *pignus* dans tel cas donné.

II — QUI PEUT CONSTITUER UN GAGE ?

Le *pignus* existe lorsque une chose a été remise par le débiteur à un créancier, pour être entre les mains de celui-ci une sûreté. Il s'ensuit que le contrat de gage pourra être fait valablement par quiconque a la libre disposition de l'objet. Si le constituant est propriétaire et capable d'aliéner nous devons sans peine lui reconnaître cette faculté. Si la capacité d'aliéner manque au *tradens*, quiconque étant incapable d'aliéner, se trouvant aussi incapable de s'obliger, il faut décider que dans l'espèce le contrat prend bien naissance du côté de l'*accipiens*, mais non du côté du *tradens*.

Pour que le contrat passé par une personne qui n'a pas la libre disposition de ses biens soit valable, il faut qu'elle soit assistée de celui sans l'autorisation duquel elle ne peut s'obliger (loi 38, XIII, 7 D).

Le contrat pourra être passé valablement par l'Administrateur du patrimoine d'autrui (loi 11, princ. XX, 1 D) « *Si is qui bona reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat, potest rem ejus obligare.* » Comme conséquence de ce principe il résultait que, lorsqu'un esclave avait reçu un gage pour une créance qui dépendait de son pécule « *pro peculiari nomine* », l'action *pigneraticia directa* compétait au directeur contre le maître (loi 28, § 1. XIII, 7 D). Si, au contraire, le gage avait été constitué par l'esclave ou par le fils de famille relativement au *peculium* dont la libre administration lui a été concédée, sur une chose de son pécule, le gage sera valable, et l'action *pigneraticia directa* passera au maître. l. 18, § 4 et loi 19, XIII. 7 D. Mais en principe l'esclave ne peut engager une chose de son pécule pour la dette d'un

autre, de même qu'il ne lui est pas permis de faire une donation. Un fondé de pouvoir ordinaire ne peut valablement engager les choses appartenant à son mandant qu'autant qu'il a reçu de lui à cet égard un mandat spécial. Il y a une différence entre le contrat de gage passé par un esclave et celui passé par un tuteur ou procureur. Nous avons vu que l'action passait au maître si l'esclave avait parlé au contrat. Si le gage est constitué par une personne libre, celle-ci conservait elle-même l'action *pigneratitia*. Ulpien fait remarquer à cette occasion que ce principe n'est point changé par la constitution qui décide, que la possession peut être acquise par le ministère d'une personne libre ; car cette décision s'appliquera en ce sens que nous pourrons, par l'entremise d'un procureur ou d'un tuteur, appréhender la possession d'un gage qui nous a été donné, mais l'obligation du contrat de gage ne pourra pas toujours nous être acquise par une personne libre. (loi 11, § 6 et 7, XIII, 7 D).

Il n'est pas nécessaire d'être plein propriétaire de la chose qui fait l'objet du contrat de gage. L'emphytéote et le superficiaire peuvent établir un droit de gage pour la durée de leur droit « *Etiam vectigale praedium pignori dari potest, sed et superficiarium* », loi 16, § 2, XIII. 7 D. Mais remarquons qu'alors la constitution du droit de gage porte non pas sur le droit d'emphytéose ou de superficie, mais sur la chose corporelle elle-même ; car dans les textes on dit toujours que le gage porte sur la *vectigale praedium*, sur la *superficies in alieno solo posita*.

Est-il même nécessaire que le *tradens* soit propriétaire pour que le contrat de *pignus* puisse se former ? Non, cela n'est pas essentiel.

Sans doute quand le *tradens* n'est pas propriétaire de

ce qu'il livre, aucun droit réel de gage ne grève l'objet du contrat ; mais le contrat existe (1).

Relativement au contrat, peu importe que le constituant soit propriétaire ; fut-il possesseur de mauvaise foi et même voleur, le contrat n'en existerait pas moins et donnerait naissance aux obligations résultant du contrat de gage : notamment, je pourrai après l'extinction de la dette, demander la restitution de la chose par l'action *pigneratitia directa*, et cela non seulement quand j'ai donné la chose de bonne foi, mais encore comme nous venons de le dire, quand je l'ai donnée sachant qu'elle ne m'appartenait pas. C'est ce que nous apprend la loi 9, § 4, de *pign. act.* XIII, 7 D. « *Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneratitia expiri.* » Il en est ainsi, même sous Justinien, où le gage confère essentiellement au créancier le droit de vendre. Le créancier cherchera à vendre ce gage et en le livrant à l'acheteur il lui conférera les droits tels quels du débiteur. Seulement, si le débiteur n'est pas propriétaire, il sera difficile au créancier de trouver un acheteur. Par contre, si l'acheteur vient à découvrir que le constituant n'est pas propriétaire de la chose, il pourra exiger la constitution d'un autre gage ou à défaut une condamnation à des dommages-intérêts au moyen de l'action *pigneratitia contraria*. Ce recours en garantie reconnu au créancier est la conséquence de l'existence du contrat de gage.

Il y a pourtant un cas où le caractère de *res aliena*,

(1) Le droit de gage peut prendre naissance dans certains cas, lorsque l'engagement a porté sur la chose d'autrui, par exemple si le propriétaire ratifie. En dehors de cette hypothèse, si le constituant vient à acquérir la propriété par la suite, ou si le propriétaire devient héritier du constituant, certains textes accordent au créancier une action hypothécaire utile.

dans la chose engagée, empêcherait le contrat de se former, c'est celui où la propriété de la chose appartiendrait à l'*accipiens* lui-même.

L'engagement constitué par un *non dominus* peut être l'acte le plus loyal, lorsque le constituant déclare qu'il n'est pas propriétaire et n'offre en garantie que son droit, tel quel. Cette remise en gage d'une chose dont on n'est pas propriétaire se présente dans le sous-engagement de l'objet qu'on a comme créancier gagiste et qui par suite a déjà fait l'objet d'une première constitution de gage. Je suis créancier de Primus et j'ai reçu une chose en gage ; je suis en même temps débiteur de Secundus ; j'offre à Secundus ce que j'ai reçu de Primus : c'est le *pignus pignori datum*, un *sub pignus*, une sous-impignoration. Le sous-créancier gagiste, celui qui a reçu le gage de seconde main n'a, sur la chose, qu'un droit limité dans la mesure du droit du concédant. C'est au créancier à voir s'il veut se contenter d'un gage aussi fragile. Quand une chose se trouve dans cette situation, elle garantit deux dettes, mais il suffit que la première dette soit éteinte pour que le deuxième gage disparaisse et s'évanouisse. Dès que le premier créancier n'a plus le droit de la retenir, son ayant cause ne conserve pas davantage ce pouvoir. C'est donc un gage qui peut disparaître avant que le second créancier soit satisfait. Tant que le premier débiteur n'a pas payé, le créancier en sous-ordre jouit, pour faire valoir son droit sur la chose, d'une exception ainsi que d'une action utile (1).

Mais dans le cas du *subpignus* qui est-ce qui est au

(1) Cette exception et cette action dont parle la loi, 13, § 2, XX, I. D, font allusion, suivant moi, au droit de *retentio*, et à une action personnelle utile. D'autres auteurs veulent y voir une action hypothécaire utile.

juste l'objet du gage? Les uns ont dit : c'est le droit de gage lui-même, le *jus pignoris*. D'autres prétendent avec raison que c'est la chose déjà engagée qui est de nouveau l'objet du gage. Partout, en effet, où l'on fait mention d'un gage constitué par le créancier gagiste on ne parle que de l'engagement que le créancier fait de la chose qui lui est déjà engagée (*res pignolata, id quod pignori, obligatum est*) et jamais de l'engagement de son droit de gage.

Mais la jurisprudence romaine n'en est pas restée là, et le deuxième créancier a fini par recevoir en gage non seulement le *pignus*, mais la créance elle-même de son débiteur; le *pignus pignori datum* finit par comprendre un *pignus nominis*. Pour empêcher l'extinction du droit à son préjudice, le créancier en sous-ordre n'a qu'à signifier au débiteur de son cédant la concession du gage qui lui est faite, concession qui implique en même temps pouvoir pour recevoir le paiement. Après cette signification le débiteur ne peut plus libérer le gage qu'en payant au créancier cessionnaire.

Le premier créancier qui voit sa créance éteinte par le paiement fait à son propre créancier est autorisé à demander compte de ce paiement à ce dernier, et il le fera en recourant à une action *pigneratitia directa utilis*. Toutefois, il y a lieu de distinguer, suivant que le paiement fait par le propriétaire de l'objet engagé consiste en une somme d'argent ou en toute autre chose. Si l'objet de la première créance était une somme d'argent, le sous-créancier *compensera* la somme reçue avec celle que lui doit son propre débiteur, et par conséquent il n'y a pas lieu à une action *pigneratitia directa* de la part de ce dernier. Si l'objet de cette créance était au contraire un corps certain, il servira de gage au second créancier pour

sûreté de sa créance et remplacera ainsi le gage qu'il aura dû rendre au premier débiteur; ce sera un échange. Par suite, lorsque le premier créancier aura payé le second créancier, il pourra y avoir lieu à une *actio pignoratitia directa*. Telle nous paraît être l'interprétation de la loi XIII, § 2, XV, 1 D (1).

Le sous-créancier peut, à défaut de paiement, vendre le gage, mais seulement au cas où le premier créancier aurait pu le faire; il n'a besoin d'observer les formalités, les délais prescrits qu'à l'égard du premier débiteur, car lui seul est exproprié.

Le propriétaire peut se trouver incapable de constituer un gage sur sa propre chose par suite d'une prohibition légale. C'est ce que nous voyons notamment dans la loi I, § 4 de pign. et hypot. XX, 1. D.

Le gage que la femme constitue pour la dette d'autrui ne se forme pas par suite de la prohibition du senatus-consulte Velleien.

III — QUEL PEUT ÊTRE L'OBJET DU GAGE ?

Nous allons considérer les choses en elles-mêmes, dans leurs qualités physiques ou juridiques et rechercher quelles sont celles qui peuvent faire l'objet du contrat de gage.

Il faut d'abord que la chose soit dans le commerce. Comme les enfants et les hommes libres ne sont pas *in commercio*, il en résulte qu'ils ne pouvaient être l'objet d'un droit de gage. Il arrivait probablement que les pères de famille, tirant un produit pécuniaire du droit de vendre leurs enfants (qui n'était plus considéré

(1) Voir Jourdan, l'*Hypothèque*, page 292 et suiv.

que comme un moyen d'arriver à l'émancipation), engageaient leur progéniture. Car les textes répètent à plusieurs reprises, que les enfants ne peuvent être donnés en gage et édictent même une peine contre le créancier qui recevrait un pareil gage. « *Creditor qui sciens filium familias a parente pignori accepit relegatur.* » Loi 5, XX, 3 D (Voir aussi Paul *sent.* V. I. § 1).

Le contrat de gage peut avoir pour objet un meuble ou un immeuble. Mais dans le principe le gage n'avait probablement lieu que par rapport aux choses mobilières, comme l'indique l'étymologie du mot *pignus* admise par les anciens, loi 238, § 2, *de verbor. signif.* L. 16. D. « *Pignus appellatum a pugno : quia res quae pignori dantur manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* » Ce qui est vrai, c'est que le gage était surtout utile et devait être particulièrement usité en matière de meubles. Mais dans les textes du droit romain il s'applique aux choses mobilières comme aux choses immobilières. Tout ce qu'on peut dire c'est que le *pignus* désigne plus spécialement le contrat de gage sur les meubles; l'hypothèque, le contrat de gage sur les immeubles. Inst. de Just. *De action.* § 7. « *Pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit.* »

Les choses corporelles peuvent certainement être l'objet d'un contrat de gage; le créancier peut les recevoir à ce titre, alors même que sa position personnelle le rendrait inhabile à les acquérir. C'est ainsi que les personnes auxquelles il est défendu d'acheter des biens dans un certain territoire, peuvent cependant y recevoir des biens en gage. Loi 24, XX, 1 D. *de pign. et hypot.*

Il y a encore des choses qui ne sont pas susceptibles exceptionnellement d'être engagées. Ce sont les choses dont l'engagement est défendu soit par la loi, soit par la convention des parties, soit par la volonté du testateur, ou par l'ordre du magistrat, loi 7. C. IV, 51, *de rebus alien*. C'est ainsi que la loi défend l'engagement des choses litigieuses (Loi 1, § 2. XX. 3. D.); qu'il en est de même pour les immeubles dotaux sous Justinien (depuis la loi Julia, suivant certains auteurs) pour les biens des fils de famille administrés par le père. (Loi 4, C. VI, 61) *de bon. quae liber*.

Le contrat de gage peut se former par la tradition de choses susceptibles de se consommer [par le premier usage. On peut donc remettre au créancier une somme d'argent à titre de gage. Si cette somme d'argent est renfermée dans une cassette fermée et scellée, c'est là un *pignus depositum*; le créancier ne sera pas obligé de vendre la chose pour se payer. « Si la somme a été livrée au créancier à deniers découverts, il n'y aura qu'un *pignus irregulare*, comme on pourrait dire par analogie de ce qui a eu lieu en matière de dépôt. Dans ce *pignus irregulare*, le créancier devient immédiatement propriétaire des deniers comme en vertu d'un *mutuum*, ils sont donc à ses risques et périls; ce sera néanmoins par une action *pigneratitia* et non par la *condictio* que le débiteur réclamera la restitution de la somme (1). »

Le gage supposant la remise de la possession, il est clair que nous ne pouvons engager qu'une chose actuellement existante dans notre patrimoine.

Par suite de la même idée, le gage, se réalisant par la seule tradition, ne pouvait s'appliquer primitivement

(1) Jourdan, *l'Hypothèque*, pag. 250.

aux choses incorporelles, non susceptibles de possession. « *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.* » Loi 43. § 1. *de acquir. rer. domin.*, XLI, 1. D.

Mais comme le but pratique de ce droit est de donner au créancier une garantie efficace par la vente de la chose engagée, on a fini par l'appliquer également aux choses incorporelles susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent. Du moins, ce n'est qu'en vertu de la protection du prêteur que ces choses peuvent faire l'objet de notre contrat. Lorsque ce magistrat réformateur eût admis une quasi possession et une quasi tradition pour ces choses, il en arriva à autoriser sur elles une constitution de gage. C'est ainsi que le gage put intervenir relativement aux servitudes. Mais cette question réclame des distinctions pour être exposée d'une façon exacte. S'agit-il d'une servitude déjà établie, les Romains admirent que les servitudes prédiales ne peuvent être engagées séparément du fonds et se trouvent nécessairement engagées avec le fonds. Cela vient de ce que ces servitudes sont attachées au fonds dominant dont elles constituent une qualité juridique « *quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia ut bonitas, salubritas, amplitudo.* » Loi 86, de verb. sign. L. 16. D. (1).

Parmi les servitudes personnelles, celles qui, comme l'*usus*, sont essentiellement attachées à la personne de l'ayant-droit, ne peuvent être susceptibles de gage puisqu'on ne peut pas en abandonner l'exercice à un autre. Au contraire, l'usufruit dont le titulaire peut céder l'exercice est propre à recevoir une constitution de gage. C'est ce

(1) M. Accarias, t. I, p. 662, n° 2, pense au contraire que l'on peut hypothéquer une servitude rurale déjà établie.

que les textes décident. Loi II. § 2, XX: 2 D « *Ususfructus an possit pignori hypothecare dari... Et scribit Papinianus, tuendum creditorem... Nam quum et emptorem usus fructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur ?*. » Les textes ne nous parlent que de l'usufruitier ; mais il ne faut pas hésiter à appliquer la même solution à d'autres servitudes personnelles dont l'usufruit est le type. Quant aux *operæ servorum et animalium*, ils paraissent pouvoir être en principe l'objet d'un louage et par suite d'un contrat de gage. Relativement à l'*habitation* on a dû admettre sa possibilité d'être engagée à partir du moment où l'on a reconnu qu'elle comportait le droit de louer.

Occupons-nous maintenant d'une servitude non encore constituée. D'abord, l'usufruit peut être engagé par le propriétaire d'une chose. Quant aux *servitudes praediorum urbanorum*, elles ne peuvent être concédées à titre de gage. L. II. §. 3 XX. I. D. Cette faculté est au contraire reconnue relativement aux *servitudes praediorum rusticorum*. L. 12 XX. I. D.

Paul décide, en effet, qu'il pouvait être permis d'engager, valablement, les servitudes de voies, de passages, soit pour des bêtes de somme et des voitures, d'aqueduc, en ce sens que l'on conviendrait que le créancier userait de ces droits, en supposant qu'il eût un fonds voisin, et que si l'argent n'était point payé avant un certain terme, il lui serait permis de vendre ces servitudes à un voisin. La quasi-tradition, dans ce cas, était le résultat de la *patientia* de la part de celui qui avait consenti l'exercice de tels droits.

La raison de la différence entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales peut s'expliquer. Le droit du créancier gagiste se concentre dans la vente de l'objet

remis en sûreté et il n'y a que peu de personnes qui pourraient retirer une utilité d'une servitude urbaine, et l'absence d'acheteurs conduirait à une vente à vil prix.

Au contraire une servitude rurale peut être utile à de nombreux voisins. En outre, en se plaçant avant la vente de cette servitude, le créancier gagiste aurait été dépourvu de protection car il ne pouvait recourir qu'aux interdits, et il n'y avait pas d'interdit particulier pour les *jura praediorum urbanorum*.

Mais dans l'hypothèse dont nous nous occupons, quelle est au juste la situation avant la vente consentie par le créancier auquel on a engagé une servitude rurale ?

Les uns prétendent que la servitude est déjà constituée au profit du créancier, et que c'est cette servitude qu'il transmettra à l'échéance de la dette, à défaut de paiement. On fait remarquer qu'il ne peut y avoir de gage sans une chose sur laquelle il est établi, et que la création de la servitude doit précéder la création du gage. Mais cette opinion est condamnée par le caractère d'intransmissibilité des servitudes et par l'impossibilité de les constituer *ad tempus*. Les autres prétendent avec raison que la servitude n'est pas constituée sur la tête du créancier gagiste ; mais, bien qu'il n'ait pas la servitude, il peut l'aliéner, la constituer au profit d'un tiers. Les choses se passent ici à peu près comme lorsqu'une chose corporelle est donnée en gage, le créancier n'est pas propriétaire, mais il peut rendre l'acquéreur propriétaire.

Enfin les créances elles-mêmes *nomina* purent servir de sûreté (loi 20. XX, 1. D.) *de pign. et hyp.* « *Cum convenit ut is qui ad refectiorem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis, exemplo,*

quam debitor creditori, pignori dedit. » La dénonciation au débiteur de la constitution du gage équivaut à la prise de possession qui a lieu lorsque la chose est corporelle. Le débiteur ne pourra plus se libérer qu'en payant entre les mains du créancier gagiste. Celui-ci peut vendre la créance ou en poursuivre directement le remboursement. Certaines créances ne pouvaient faire l'objet d'une constitution de gage, par exemple la créance reposant sur une injure.

Telles sont les choses susceptibles de donner lieu à un contrat de gage. Un dernier point nous reste à examiner : le gage, une fois constitué, va-t-il s'étendre sur les augmentations de la chose ? Il est d'abord certain que le créancier gagiste ayant le droit de vendre la chose à l'échéance profitera de toutes les augmentations de la chose engagée qui se produisent sans aucune modification de l'état juridique ou matériel de la chose. Mais il en sera de même lorsque l'accroissement résulte d'une incorporation par suite d'alluvion : car il est impossible de distinguer les deux choses, (L. 16, pr., *de pign.* XX. 1. D.).

IV — QUELLES CRÉANCES PEUVENT ÊTRE GARANTIES ?

On peut constituer un gage non seulement pour sa propre créance, mais même quand il s'agit de corroborer une créance dont on n'est pas personnellement tenu. « *Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena.* » (Loi 5. § 2. D. XX. 1.)

Remarquons que dans les sources celui qui reçoit la chose est habituellement appelé *creditor*, tandis que celui qui la donne figure comme *debitor*. Cette terminologie qui s'explique aisément est inexacte puisque celui qui

donne le gage peut n'être point débiteur de celui qui le reçoit, il se peut même que ce dernier ne soit créancier de personne. D'ailleurs, dans notre matière, ces termes seraient plus justement intervertis, car dans ce contrat, celui-là est débiteur qui reçoit la chose en gage et qui s'oblige par suite à la restituer.

Nous venons de dire qu'il se peut que le créancier gagiste ne soit créancier de personne. Et pourtant le droit de gage pour avoir une existence légale exige une dette. Mais cette condition essentielle à l'effet de constituer la sûreté réelle appelée gage n'est pas indispensable pour l'existence du contrat de gage. Les rapports du *contrat* de gage s'établiraient même pour une dette que les parties croiraient exister, alors même que réellement elle n'existerait pas : il suffit que les contractants aient eu en vue cette dette qui ne naîtra jamais. Ce constituant pourra demander la restitution de la chose remise en gage au moyen de l'action *pigneratitia directa*.

Mais en principe, pour que le contrat de *pignus* puisse valablement se former, il faut qu'il existe une obligation dont il est destiné à assurer l'exécution. Cette obligation ne doit pas être nécessairement civile. La loi 5 pr. XX. I. D. nous dit que le contrat peut intervenir « *vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.* » Ainsi la dette peut être prétorienne ; le contrat de gage peut aussi intervenir efficacement relativement à une simple *naturalis obligatio*. Ainsi un contrat de *mutuum* intervient entre deux personnes, et entre le prêteur et l'emprunteur intervient une convention d'intérêt : cette convention fait naître une obligation naturelle. Un gage est remis au prêteur pour assurer l'obligation de rendre le capital et les intérêts : il est valablement constitué pour sûreté des intérêts. loi 4. IV. 32. c.

L'obligation naturelle n'est pas la seule qui soit dépourvue d'action.

Que décider lorsqu'un contrat de gage intervient relativement à une stipulation *obturbem causam*, lorsque la *turpis causa* est imputable aux deux parties ? « Le caractère d'un pareil contrat peut se résumer en ceci : que la loi entend l'ignorer et ne prêter son secours à personne, ni au créancier pour se faire payer, ni au débiteur pour se faire restituer ce qu'il a payé. (L. 3. D. XII. 5).

Faut-il conclure de là que celui qui aura donné un gage pour une pareille dette ne pourra pas soit le revendiquer, soit le réclamer par l'action *pigneratitia in personam* ? Cette question divisait déjà les glossateurs » (1).

Pour la nullité du contrat de gage on peut tirer un argument de la loi 5. XII. 7.

Si une obligation est déclarée entièrement nulle par le droit civil, le droit de gage ne prend pas naissance.

La créance nécessaire au contrat de gage peut avoir pour objet non-seulement de l'argent, mais encore toute autre chose : L. 9. § 1 *de pign. act.* XIII. 7. D. « *Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest, veluti si quis pignus alicui dederit ut pro se fide jubeat.* »

D'autre part il n'est pas nécessaire que la dette soit présente. « *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione..., et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub conditione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt* » loi 5. pr. XX. I. D. Ainsi le gage peut être constitué pour sûreté d'une dette conditionnelle ou future. L'obligation peut ne pas se réaliser, mais le contrat de

(1) Jourdan. *l'Hypothèque*. p. 227 note.

pignus aura été valablement formé dès le moment de la dation : le débiteur aura l'action *pigneratitia*. Quant à la constitution du droit réel de gage, elle sera dans ce cas *in pendenti*, et si la condition ne se réalise pas, le droit ne prendra pas naissance faute d'obligation.

La distinction entre les dettes conditionnelles et les dettes futures n'a du reste aucun intérêt au point de vue de la formation du contrat de gage; elle n'en a que relativement à la naissance du droit réel de gage.

Remarquons enfin que le contrat de gage viendra sauvegarder les droits du créancier, non seulement quant à la dette principale, mais encore quant aux obligations accessoires, par exemple : pour les intérêts moratoires et légaux, les dépenses faites à l'occasion de la chose engagée,

V — QUELLES PERSONNES PEUVENT PROFITER DU CONTRAT DE GAGE ?

Le contrat de gage, par suite de son caractère accessoire, ne peut être fait qu'au profit du créancier. Le créancier doit être lui-même capable de contracter. C'est ainsi que le pupille ne peut faire ce contrat sans *l'auctoritas tutoris* « *pupillo capienti pignus, propter metum pigneratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.* » Loi 38, XIII. 7. D).

CHAPITRE III

Effets du contrat de gage

I. — DROITS QUE PEUT AVOIR LE CRÉANCIER DANS SES RAPPORTS AVEC LE DÉBITEUR

Le contrat de gage établit d'abord des relations juridiques entre les deux parties contractantes : débiteur et créancier ; il produit aussi des effets à l'égard des tiers, ou plutôt il diminue les droits que ceux-ci peuvent acquérir. Nous allons étudier les droits de ces différentes personnes.

Lorsqu'un contrat de gage se forme, la chose est remise au créancier, sans que ce dernier soit rendu propriétaire, mais il acquiert pourtant plus que la simple détention. La possession est le fait d'avoir une chose en son pouvoir, à sa disposition avec l'intention de la détenir en maître ; c'est l'*animus sibi habendi*. Elle engendre des avantages nombreux, parmi lesquels se placent en tête les suivants : celui qui a la possession peut se défendre contre

les tiers qui viendraient le troubler, ou qui l'auraient dépossédé, au moyen des interdits ; il peut, en outre, usucaper quand à la possession se joint la juste cause et la bonne foi. En général ces avantages sont réunis dans une seule et même personne, celle du possesseur. Celui qui détient, détient pour lui-même ou pour autrui. S'il détient pour lui-même, il a les interdits et peut usucaper ; s'il ne possède pas pour lui-même, il ne possède pas les interdits et ne peut usucaper. Ainsi le voleur possède pour lui-même ; il a les interdits ; il ne peut, il est vrai usucaper, puisque la bonne foi lui fait défaut, mais nulle autre personne ne le peut à sa place. Ici, ces principes semblent recevoir une atteinte. Le créancier gagiste qui n'a pas l'*animus domini*, qui, dans une certaine mesure, possède pour autrui, a tous les avantages de la possession autres que ceux provenant de l'usucapion. Quant à l'usucapion elle continue à courir au profit du débiteur. Pourquoi cette anomalie ? Ceux qui voient ici une dérogation au droit commun, quelque chose d'exorbitant, expliquent cette situation exceptionnelle par le but du contrat de gage. Les effets du contrat de gage ont été combinés pour la plus grande sûreté du créancier gagiste ; d'autre part, le gage découle d'une idée de méfiance à l'égard du débiteur. Ces idées ne se concilieraient guère avec la concession des interdits faite au débiteur. Il fallait que le créancier gagiste eût le droit de se défendre contre le débiteur, il ne fallait pas qu'il fût obligé d'attendre son maintien en possession du bon vouloir du constituant. Aussi le créancier gagiste aura les interdits et il pourra s'en servir même à l'encontre du constituant du gage qui serait rentré en possession. Ainsi le contrat de gage est destiné à procurer une sûreté au créancier gagiste ; or, c'est la détention qui fait sa sûreté ;

on lui donne donc les moyens de se faire maintenir ou rétablir en possession de la chose engagée.

C'est encore la même idée qui a fait admettre que le débiteur pourra invoquer la possession du créancier, si, lorsqu'il a constitué le gage, il avait déjà commencé à usucaper. La garantie du créancier se trouve, en effet, complétée par le titre que l'usucapion fait acquérir au débiteur. Car si la chose que le débiteur usucapait jusqu'alors se trouvait appartenir à un autre, la revendication de ce dernier ne pouvait être écartée que par une usucapion terminée.

Cette explication de la situation faite, en droit romain, au créancier gagiste, ne nous paraît pas devoir être adoptée. La solution admise, en droit romain, peut s'expliquer par une étude attentive de la possession. Dans le cas de gage, il y a une possession dérivée; un possesseur antérieur transfère son *jus possessionis* sans transférer en même temps la propriété. La volonté ne tend qu'à l'acquisition du *jus possessionis*; ce n'est plus l'*animus domini* qui doit se joindre à l'*apprehensio*, c'est l'*animus possidendi*. Le débiteur qui avait la possession pleine et entière de la chose, a transféré au créancier avec la détention le *jus possessionis*. Toute la différence entre la possession primitive et la possession dérivée repose sur l'*animus possidendi* : l'*animus possidendi* a ici pour objet le *jus possessionis* transféré par le possesseur originaire.

Par suite, le créancier dont l'*animus* n'est pas l'*animus domini* sera néanmoins véritable possesseur, tandis qu'au contraire celui qui a en réalité cet *animus domini* et qui devrait être le vrai possesseur de la chose, n'aura pas la possession de la chose.

Ces idées nous semblent conformes à la notion de la possession. La possession est considérée comme un

droit et à ce titre elle peut être aliénée; le possesseur véritable et originaire pourra transférer le droit de possession à celui qui exerce le droit de propriété en son nom. Le principe de la possession dérivée se trouve donc dans la possession originaire d'une autre personne; pour qu'elle existe il suffit que celui à qui elle est remise considère sa possession comme lui étant transférée par un autre; peu importe la validité de la translation. L'acte par lequel on donne en gage la chose d'autrui transfère la vraie possession au créancier gagiste.

Si ces notions sont admises, l'exception au droit commun ne devra pas être vue là où on la place en général. Le créancier gagiste ayant la possession aura droit aux interdicts, mais comme il n'a, ni *bona fides*, ni *justa causa*, il n'aura pas droit à l'usucapion. Le débiteur qui ne peut invoquer les interdicts, devrait voir aussi son usucapion commencée cesser de courir; car l'usucapion suppose l'existence de la possession.

Néanmoins, le débiteur qui n'a pas de possession continue d'usucaper comme s'il possédait encore. (Loi 36, *de acquir. possess.* 41, 2). C'est donc le droit du débiteur qui dévie de la règle. Cette possession fictive du débiteur se base sur l'intérêt du créancier gagiste, sur la nature juridique du contrat de gage. Il ne faut donc pas dire comme on le fait d'habitude, que le débiteur est réellement possesseur et que la possession se trouve partagée entre lui et son créancier. L'exception admise en matière de gage se réfère à la règle *sine possessione usucapio contingere non potest*, et non à la règle *plures eamdem in solidum possidere non possunt*.

Eu égard à l'usucapion, le créancier possède donc *alieno non suo nomine*, et de là cette conséquence que ni lui, ni

ses héritiers ne peuvent acquérir la propriété du gage par aucune espèce de prescription acquisitive.

Lorsqu'on eut accordé plus tard, au créancier, une action réelle, l'action quasi-servienne, les interdits ne lui étaient plus dès lors aussi nécessaires ; il les conserva néanmoins. Le propriétaire qui a eu de tout temps l'action en revendication ne les avait-il pas ?

Le créancier gagiste conservera cette possession tant qu'il ne sera pas payé : il a un droit de rétention sur la chose. Dans l'origine même le créancier n'avait que ce simple droit de rétention, c'est-à-dire la faculté de ne se dessaisir qu'après le paiement intégral de la créance. A cette époque le créancier perdant la possession n'avait aucun moyen de la recouvrer ; non payé à l'échéance il lui était impossible de se payer faute d'avoir le droit de vendre. Mais si le créancier conserva toujours ce droit de rétention, il vit d'autre part ses droits s'étendre et s'élargir par la création des interdits possessoires.

II

Une loi d'Ulpien (L. II, § 3, XIII, 7 D.) dit formellement que ce droit de rétention ne pouvait s'exercer que pour la somme à laquelle le gage avait été spécialement affecté, et que s'il n'avait été constitué que pour le capital, il ne pouvait être retenu pour la garantie des intérêts ; que si, au contraire, le gage a été affecté aussi aux intérêts, tant qu'il en reste dû quelque chose, le droit de rétention subsiste. Mais le progrès du droit va nous montrer le droit de rétention garantissant le paiement d'une créance pour laquelle le gage n'avait pas été formellement constitué. Telle est la réforme accomplie par l'empereur Gordien (L. I. c.,) *etiam ob chirogr. pecun.*

VIII. 27 c.) Supposons que le créancier gagiste qui a reçu le paiement de la dette pour laquelle le gage avait été constitué soit créancier en vertu d'une autre cause. Si un gage a été constitué par un autre que par le débiteur, le créancier devra rendre le gage dès que la dette pour laquelle il a été constitué est éteinte et ne pourra pas le retenir pour d'autres dettes du débiteur, pas plus que pour les dettes personnelles du constituant. Mais si c'est le débiteur lui-même qui a donné le gage au créancier, et qu'il soit débiteur de la même personne pour d'autres causes, le créancier pourra-t-il retenir le gage ? Oui, il est possible que le gage tienne pour une dette pour laquelle il n'avait pas été constitué. D'après la constitution de Gordien le débiteur qui redemande le gage alors qu'il doit encore une somme au créancier est censé commettre un dol. Précisons bien la solution de l'Empereur. Il est possible que plusieurs dettes naissent entre les mêmes personnes et qu'un gage spécial soit constitué pour chaque dette. Le rescrit de l'empereur Gordien ne s'appliquera pas dans cette hypothèse. En effet, le rescrit n'autorise le créancier à retenir la chose en gage que pour une dette chirographaire, c'est-à-dire, pour une dette qui n'a été garantie par aucune sûreté spéciale. Si un gage est constitué pour une portion d'une dette, lorsque cette portion garantie aura été payée, le créancier ne pourra plus retenir la chose. Le créancier ne peut, en effet, retenir la chose remise en gage pour une dette autre que celle qui a motivé le gage, que par l'interprétation de la volonté des parties. Il faut donc que les circonstances soient telles qu'on puisse supposer entre les parties une convention tacite. A cause de la loi II, § 3, XIII, 7 D., nous admettons aussi que le créancier gagiste ne peut retenir le gage

pour les créances qui ont été contractées en même temps que celle pour laquelle la chose a été engagée. En dehors de ces restrictions, peu importe à quel moment elle a pris naissance, avant ou après la constitution du gage. Y a-t-il lieu de s'attacher, pour l'application de la Constitution, à la cause et à l'objet de la créance chirographaire. Gordien vise un prêt d'argent *pecunia mutua simpliciter accepta*, mais il ne faut pas s'en tenir strictement aux termes de la loi. Negusantius tenait pour la double extension, c'est-à-dire, qu'il n'y avait pas lieu de rechercher la cause et l'objet de la dette. Nous adopterons cette opinion de préférence à celle de M. Jourdan, qui prétend que peu importe sans doute la cause de la dette, mais qu'il faut « que l'objet soit une somme d'argent susceptible de compensation immédiate avec le *superfluum* résultant de la vente du gage » (1). Nous hésiterions toutefois à appliquer la garantie résultant de ce droit de rétention à une dette naturelle; en l'absence de textes nous sommes plus portés à refuser ce droit au créancier gagiste.

Il y a une autre restriction qu'il faut apporter à ce droit de rétention exceptionnel. Le droit autorise le créancier à retenir la chose en gage uniquement au détriment du débiteur ou de ses héritiers qui demandent la restitution du gage. Mais si le créancier se trouve en conflit avec un autre créancier auquel la même chose a été affectée hypothécairement en deuxième lieu, le créancier gagiste ne pourra pas, après le paiement de la dette garantie, retenir, à l'encontre de ce créancier, cette chose, pour une dette autre que celle qui a motivé le gage. Le second créancier, pour obtenir la chose engagée au premier, n'a

(1) Jourdan. *L'Hypothèque*, p. 512.

besoin que d'offrir à celui-ci le montant de la dette pour laquelle le gage lui a été consenti.

La condition essentielle, pour l'exercice de ce droit de rétention, c'est que le créancier soit en possession. Mais le créancier gagiste qui aurait remis la chose *precario*, au débiteur, ne pourrait plus exercer son droit de rétention, si le débiteur le désintéressait avant d'avoir restitué.

Ce droit de rétention est ici tout à fait exceptionnel, et on peut se demander sur quels principes juridiques il s'appuie.

Pothier explique la faculté accordée au créancier par l'idée d'une-saisie arrêt qu'il fait sur lui-même. On a cherché aussi à expliquer cette faveur par l'idée de compensation. « Supposez que le créancier ait vendu la chose hypothéquée et en ait touché le prix, il l'appliquera jusqu'à due concurrence à l'extinction de la dette hypothécaire, et quant à l'excédant il dira au débiteur : j'ai de l'argent à vous, mais vous m'en devez d'autre part, compensons. Il n'y a pas loin de la compensation à la restitution, et on en vint aisément à faire au créancier la même situation, soit qu'il ait vendu, soit qu'ayant été désintéressé par le débiteur, il eût encore la chose entre les mains » (1). Cette idée conduit à des conséquences que je ne puis admettre, notamment à décider que ce droit de rétention ne peut s'exercer qu'à raison d'une dette échue.

Pour cette deuxième dette chirographaire nous pensons que le créancier exerce ici non pas une hypothèque soit légale, soit conventionnelle tacite, mais un simple droit de rétention, comme paraissent le prouver ces mots de la

(1) Jourdan. *L'Hypothèque*, p. 510.

constitution de Gordien : *propter exceptionem doli mali restituere non cogeris*. Aussi serions nous disposé à ne pas donner au créancier le droit de vendre (1).

Notre loi a adopté dans ses éléments principaux la décision du droit romain, mais elle se montre plus restrictive (art. 2082. C. C.)

III

Nous venons de voir que le créancier peut garder la chose engagée tant que la dette n'a pas été intégralement payée. Cette solution dérive de l'indivisibilité du droit de gage. Tant que la dette n'est pas complètement payée, la chose engagée est tenue tout entière, la moitié de la dette ayant été payée, ce n'est point la moitié de la chose qui reste affectée, c'est la totalité de la chose. C'est ce que décide la loi 19, XX, 1. D. « *Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur.* » D'autre part, si le créancier gagiste meurt laissant plusieurs héritiers, si quelques-uns seulement ont été payés de leur part héréditaire dans la créance, celui qui n'a pas été payé conserve un droit de gage sur la chose entière et peut la vendre pour le tout pour se payer de sa fraction dans la dette. Loi I. c.

(1) En droit français, bien qu'il des controverses à ce sujet, nous pensons que le gage tacite admis en pareil cas, ne produit pas de privilège et n'engendre qu'un droit de rétention.

Si unus ex plurib. hered. VIII, 32 (1). Mais on arrivait à simplifier les choses au moyen d'arrangement pris dans le *judicium familiæ erciscendæ*.

Paul (Loi 29. *Famil. ercisc. X. 2. D.*) dit qu'on trouvait plus commode d'adjuger la chose à un des cohéritiers qui payait à chacun des autres sa part dans la dette. L'estimation de la part des cohéritiers ne pourra jamais être supérieure à leur part dans la créance, quelle que soit la valeur de la chose engagée. Car l'adjudicataire acquiert non pas la propriété de la chose engagée mais seulement le droit de gage : le débiteur pourra se faire restituer la chose en remboursant au créancier adjudicataire le montant de la créance. Si la valeur du *pignus* est inférieure au montant de la créance, il sera adjugé à celui des héritiers qui offrira le prix le plus considérable, à la charge par lui de payer à ses cohéritiers leur part dans le prix, sauf à eux à exercer l'action personnelle pour obtenir le montant de l'excédant. L'adjudicataire n'a rien à redouter de cet arrangement dans ses rapports avec le débiteur. Le débiteur n'est, en effet, fondé à exercer l'action *pigneratitia directa* en restitution du *pignus*, qu'à la condition de rembourser au détenteur les dépenses utiles que celui-ci a faites pour se maintenir en possession. Il devra donc rembourser au créancier nanti du gage, la somme qu'il a payée à ses cohéritiers, et ne pas se contenter de lui offrir le paiement de sa part dans la créance. La situation est analogue à celle qui se produirait dans le cas où un tiers détenteur, pour-

(1) Il est vrai que le jurisconsulte Ulpien ne reconnaît pas à chaque héritier du créancier un droit aussi absolu (loi 11. § 4. XIII. 7. D). Suivant lui l'héritier non payé pour pouvoir vendre le fonds engagé doit rembourser au débiteur ce que celui-ci a payé à son cocréancier. Mais cette décision semble se référer à l'ancien système de l'aliénation avec fiducie.

suivi par l'action quasi-servienne, aurait payé au poursuivant le montant de la créance pour conserver la possession de la chose ; si le débiteur revendique plus tard l'immeuble contre lui, il devra lui rembourser la somme qu'il a payée. Si le débiteur ne demandait par l'action *pigneratitia* que la moitié de la chose (en supposant deux héritiers) en offrant le paiement de la moitié de la créance, grâce à l'indivisibilité du gage, le cohéritier détenteur pourrait repousser le prétention de ce débiteur et lui dire : j'entends vous rendre le gage tout entier, et que vous me payiez toute la dette.

La solution serait différente si un créancier qui n'avait obtenu un *pignus* que sur une part indivise, se rendait acquéreur de la part qui n'appartenait pas à son débiteur. Le créancier ne peut pas imposer au débiteur la nécessité de prendre toute la chose en payant la dette et le prix d'acquisition. Et la raison de cette différence, c'est que : *adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria*. Ce motif nous fait voir que, suivant les circonstances, cette règle pourra subir des exceptions.

Enfin, une autre conséquence de l'indivisibilité du gage, c'est que, un des héritiers du débiteur en payant sa part dans la dette, ne libère pas pour autant la chose engagée. Loi 8. § 2. XIII. 7. « *Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum, si ipse debitor portionem solvisset.* »

La possession que nous avons reconnue au créancier va-t-elle lui conférer d'autres droits que ce droit de rétention ? En d'autres termes, va-t-il obtenir l'exercice de certains éléments du droit de propriété, *jus utendi, jus fruendi, jus abutendi* ? Le créancier gagiste n'a pas le *jus utendi*, et s'il usait de mauvaise foi de la chose remise

en gage, il serait traité comme un voleur et serait responsable de toute perte, de toute détérioration même fortuite. « *Si pignore creditor utatur, furti tenetur.* » Loi 54 pr. XLVII. 2 D. Mais cette règle doit être entendue d'une façon raisonnable : le créancier gagiste doit faire tous les actes qu'exige l'intérêt du constituant, par exemple exercer les servitudes prédiales pour les empêcher de s'éteindre par le non-usage. Il doit aussi percevoir les fruits s'il s'agit d'un bien destiné à produire des fruits, d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital de sa créance. Il est responsable des fruits qu'il n'a pas perçus ; il doit les imputer comme les autres sur sa créance « *fructus quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet.* » (Loi 3. c. IV. 24 de *pigner. act.*). L'excédant des fruits sur la créance est seul restituable. Ainsi les fruits, une fois perçus, le créancier doit les vendre en faisant profiter le débiteur de cette vente par une diminution de la dette.

Quant aux motifs qui ont fait établir cette différence entre la jouissance et l'usage, on peut dire que c'est parce que tout, dans ce contrat, a été organisé dans l'intérêt du créancier au point de vue de la sûreté, et dans l'intérêt du débiteur au point de vue de la libération. Or, l'usage n'aurait pu s'estimer en argent : le créancier aurait fatigué la chose sans que cela tournât au profit du débiteur. Au contraire la perception des fruits par la facilité de les vendre, servira à la libération du débiteur. Par suite de la même idée le créancier gagiste ne peut profiter d'aucun autre gain provenant de la chose : il doit l'imputer sur ce qui lui est dû. Ayant la jouissance, le créancier a le droit de louer la chose.

Si le gage portait sur un esclave, la situation faite au maître et au créancier gagiste est très bien exposée par la

loi I § 15 de *adquir. vel amit. possess.* XLI. 2 D. « *Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait : ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri ; ad usucapionem ; nec creditori ; quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.* »

IV — ANTICHRÈSE

En principe, le créancier gagiste était donc obligé de rendre compte des fruits. Il en était toutefois autrement, lorsqu'un contrat d'antichrèse était intervenu. Lorsque la dette était productive d'intérêts, il pouvait être convenu que les fruits et l'usage du bien remis en gage tiendraient lieu, pour ce créancier, de l'intérêt de la dette. Ici le créancier gagiste est autorisé à user ; l'utilité qu'il retirera de cet usage lui tiendra lieu des intérêts de sa créance. Quand il y a antichrèse, c'est à forfait, en bloc, sans aucune estimation en argent que le créancier, en compensation des intérêts, reçoit des fruits ou use de la chose, par exemple : l'habite. Le contrat est aléatoire en ce sens que, si les fruits perçus sont supérieurs aux intérêts de la dette, le créancier faisait un gain, et qu'il subissait une perte dans le cas contraire. Lorsque le pacte d'antichrèse était intervenu, il n'y avait plus à s'occuper du taux légal des intérêts ; le taux maximum des intérêts qu'une créance peut produire ne trouve pas ici son application, parce que la perception des fruits est variable d'année en année : Loi 17 c. IV. 32. Alors même qu'il s'agit d'une chose que le créancier est autorisé à habiter, cas où le profit est beaucoup moins incertain que pour la récolte d'une moisson, la règle limitative du taux de l'intérêt ne s'appliquera pas

davantage; le créancier a légitimement l'utilité de cette maison à la place des intérêts sans qu'on puisse dire qu'il y ait une violation de la loi qui limite le taux des intérêts, car il est loisible à un propriétaire de louer plus ou moins cher sa maison. Quand il remet une chose produisant un loyer plus élevé que les intérêts de sa dette, c'est comme s'il louait pour un bas prix (Loi 14. c. IV. 32). Mais il faut exclure le cas de fraude, c'est-à-dire le cas où les parties ont fait un pacte d'antichrèse en vue de se soustraire à l'application des lois limitatives du taux de l'intérêt.

Par suite du caractère aléatoire de cette convention, le créancier ne pourrait pas comme le fermier demander un dédommagement à raison de cas fortuits qui enlèveraient tout ou partie des fruits. Nous devrions, d'autre part, refuser de voir un pacte d'antichrèse dans une convention par laquelle le créancier se verrait assigner, par le débiteur de revenus en argent, une rente d'une quotité invariable. L'aléa faisant défaut dans cette hypothèse, nous rentrerions dans le droit commun, et nous appliquerions la limitation de l'intérêt légal. La convention d'antichrèse se présente à nous de deux façons dans les textes, ou comme une convention accessoire au contrat de *pignus*, convention qui participe de la force obligatoire du contrat, ou comme convention indépendante ne se rattachant pas à un gage. Il y a dans ce dernier cas un contrat réel qui se forme par la remise de la chose, un contrat innommé qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis*, et non à l'action *hypothécaire*, loi 11. § I. de *pign.* XX. 1. D.

Lorsque l'antichrèse est une convention particulière, le créancier paraît bien n'avoir pas le droit de vendre la chose pour se payer du capital.

En général l'antichrèse résultait d'une convention formelle. Mais lorsque la créance est un prêt gratuit et que le créancier a reçu en gage une chose portant des fruits, pour la garantie du capital, il a été admis par équité qu'il pourra retenir les fruits à concurrence des intérêts légaux, sans que, cependant, cela change en rien sa responsabilité quant à la perception des fruits.

« *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere* », loi 8, *in quib. caus. pign.* XX, 2 D. L'antichrèse a lieu alors tacitement. Cette loi a donné lieu à de nombreuses discussions. Certains auteurs trouvant une contradiction entre un prêt gratuit et le droit pour le prêteur de retenir des intérêts, ont proposé de suppléer dans le texte la préposition *non*. Mais cette explication doit être rejetée, ainsi que celle qui prétend que le texte s'occupe non pas d'un prêt gratuit dans l'intention des parties, mais d'un prêt où les intérêts ne sont dus qu'en vertu d'un simple pacte. Tout ce que l'on peut admettre pour écarter le reproche de contradiction, c'est que si les parties avaient formellement décidé que le prêt serait gratuit, il n'y aurait plus lieu à l'application de notre loi. Il faut donc admettre qu'il y a comme une espèce d'obligation naturelle de payer les intérêts, et limiter toutefois les effets de cette obligation à celui indiqué par la loi.

Les textes prévoient encore une autre convention qui se rapproche à certains égards de l'antichrèse (Loi I, § 3, *de pign.* XX, I, D). On est convenu que les intérêts n'étant pas payés au jour fixé, les fruits des choses engagées se compenseraient avec les intérêts dans les limites du taux légitime.

Papinien nous dit que, bien que dans le principe des

intérêts moins forts aient été stipulés, on a décidé pourtant que la convention n'est pas nulle, parce qu'on n'a pu valablement promettre par stipulation des intérêts à un taux plus élevé, par exemple au taux légal, pour le cas où des intérêts plus faibles ne seraient pas payés à leur échéance. Il n'y a ici qu'une clause pénale.

v

Le créancier partage, au moins sous Justinien, le *jus abutendi* avec le débiteur. Si à l'échéance de la dette il n'a pas reçu satisfaction, il peut vendre le gage.

Mais ce droit de vendre a subi une évolution que nous allons étudier. Primitivement une convention accessoire et accidentelle au contrat de *pignus* conférait souvent au créancier le pouvoir de vendre la chose à l'échéance à défaut de paiement. Il n'a pas, il est vrai, été rendu propriétaire par le contrat ; mais ayant le consentement du propriétaire il peut aliéner comme tout mandataire qui a obtenu ce pouvoir.

Mais remarquons-le (cela est vrai à toute époque) ce pouvoir d'aliéner est renfermé dans une seule hypothèse : c'est le cas où à l'échéance la dette n'est pas payée. Le droit de vendre est intimement uni à l'échéance de la dette. Aussi lorsque par un acte on recule l'époque primitivement fixée pour le paiement, on est par là même convenu que le pouvoir de vendre le gage ne pourra pas être exercé avant l'arrivée du nouveau terme. S'il vendait en dehors de l'hypothèse où le droit d'aliénation lui a été conféré, si par exemple il a vendu avant l'échéance, ou après avoir reçu son paiement, s'il ne s'est pas conformé aux conditions imposées par le contrat, le créancier gagiste ne transférerait pas la propriété à l'acheteur : il n'y

aurait pas d'aliénation. Le débiteur aurait l'action en revendication contre l'acquéreur; d'autre part, le créancier commettrait un vol et dès lors indépendamment de l'action *pigneratitia*, il serait tenu de l'action *furti* (l. 73, XLVII, 2 D. « *Si is qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit; aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit : furti, se obligat* (1). »

Quoique dans ce système les sûretés du créancier soient considérables, les intérêts du débiteur sont mieux sauvegardés que dans la *mancipatio* avec fiducie; car alors le créancier ayant été rendu propriétaire, il pouvait aliéner valablement même avant l'échéance.

Cette convention autorisant le créancier à vendre est devenue fréquente, usuelle, « *vulgare*. »

Aussi on en est venu à la sous-entendre dans tous les contrats de *pignus* où le contraire n'aurait pas été dit, et cela fut admis parce que le contrat de *pignus* était un contrat de bonne foi.

Désormais le pouvoir d'aliéner la chose engagée est de la nature du *pignus*. Cette réforme paraît avoir été accomplie à l'époque d'Ulpien. Du temps de Trajan, c'est-à-dire au commencement du deuxième siècle de l'ère chrétienne, le droit de vendre devait être accordé encore par une clause du contrat ou par un pacte postérieur, puisque Javoliénus qui vivait sous ce prince nous dit (dans la loi 73 de *furtis* déjà citée) que celui-là commet un vol qui vend en l'absence de convention sur ce point. Tel était encore le droit à l'époque de Marc-

(1) Ce texte a été inséré par mégarde au *Digeste*; car il ne peut plus recevoir qu'une application partielle sous Justinien; à une époque où le droit de vendre est considéré comme de l'essence du gage.

Aurèle qui régna de l'an 161 à l'an 180 de l'ère chrétienne; ce point nous est attesté par les *Commentaires de Gaius* écrits sous ce prince (Com. II, § 64) et par un texte de Scævola, jurisconsulte contemporain du même empereur (V. loi 14, § 5, XLIV, 3 D).

Justinien fait un nouveau pas : le pouvoir pour le créancier de vendre est considéré comme une conséquence inévitable du *pignus*, contre laquelle la volonté des parties ne peut s'élever.

Le pouvoir d'aliéner est désormais de l'essence du gage. Cette règle nouvelle nous est révélée par une interpolation du texte d'Ulpien, qui forme la loi 4 de *pign. act. XIII*, 7 D. Le jurisconsulte nous dit que lorsqu'on est convenu que la chose ne serait pas vendue, si le créancier la vend, il sera traité comme un voleur. Tribonien a ajouté à la suite de ce passage ces mots : *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*, à moins qu'il n'ait fait au débiteur trois sommations de payer et que celui-ci n'y ait pas obtempéré (1). Désormais lorsque le débiteur aura en constituant un *pignus* interdit au créancier de vendre, on ne pourra pas observer cette clause, elle n'aura d'autre effet que de retarder le moment où le créancier pourra vendre par suite de la nécessité de certaines formes.

VI — FORMES DE LA VENTE

Si nous étudions les formes de la vente, nous nous trouvons immédiatement en face d'une question très discutée : Le débiteur doit-il être mis en demeure de payer ? Les textes d'une part ne paraissent pas l'exiger et

(1) Certains auteurs considèrent au contraire que le texte d'Ulpien ne contient aucune interpolation.

d'autre part on remarquera que le pacte *de vendendo* était ainsi conçu : *ut liceret creditori pignus vendere si pecunia non solvatur*, sans exiger la nécessité d'une mise en demeure. Si le gage était intervenu à l'occasion d'une obligation naturelle, il serait bien impossible de constituer le débiteur en demeure puisque le créancier n'a pas d'action. Nous ne trouvons dans les Constitutions impériales aucun texte assez précis pour condamner cette solution. Notre opinion n'offre du reste, aucun danger pour le débiteur, car s'il ne doit pas être mis en demeure, il faut pourtant que le créancier lui fasse une dénonciation, lui donne un avis préalable de la vente, avant de pouvoir y procéder.

A l'origine, le droit romain n'imposait au créancier vendeur aucune forme spéciale et aucune publicité avant la vente ; il n'y avait aucun mode de vente aux enchères organisé ; c'est ce qui paraît résulter des textes. Que le créancier cherche un acheteur et il traitera avec lui de gré à gré. Le créancier, il est vrai, puisqu'il est responsable de l'opération, puisqu'avant tout il doit agir de bonne foi (Loi 4, VIII, 28 c.), devait recourir à une certaine publicité pour provoquer les offres, mais c'est une publicité à laquelle il a recours dans son intérêt. L'usage de cette publicité finit par s'établir et devint même nécessaire. Loi 4. cod. VIII, 28. *de distr. pign.*

Le contrat de gage peut avoir réglé la manière dont le créancier vendra la chose engagée.

Dans ce cas, celui-ci devra se conformer à toutes les conditions insérées au contrat. Si le contrat garde le silence sur le droit de vendre, le créancier doit, d'après Paul (sent. II. 5. § I.) faire une triple dénonciation au débiteur. « *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo*

debet. » A cette époque le pacte exprès accordant au créancier la faculté de vendre, présentait encore une utilité puisque dans ce cas le créancier procédait régulièrement à la vente après une seule dénonciation. D'après le texte d'Ulpien (qui, suivant nous, contient une interpolation), cette triple dénonciation n'est plus nécessaire que lorsqu'il y a eu un pacte formel *de non vendendo* (loi 4. XIII. 7. D.).

On ne sait rien de précis à l'époque antérieure à Justinien, sur le moment où devait se faire la dénonciation unique, sur l'intervalle qui devait séparer les trois dénonciations, et sur le temps qui devait s'écouler entre la dernière dénonciation et la vente. M. Jourdan, suivant en ce point l'opinion de Negusantius, croit que c'était une question laissée à l'appréciation du juge qui avait à rechercher, en cas de contestation, si la bonne foi avait été respectée. Justinien impose un délai de deux ans au créancier, à partir de la dénonciation, avant de pouvoir procéder à la vente. Si le débiteur est absent, au lieu de la dénonciation, le créancier doit obtenir contre lui une sentence, et c'est à partir de cette *sententia judicialis* que commencera à courir le délai de deux ans. Loi 3 § 1. c. VIII. 34. Mais Justinien ne nous dit pas dans le cas où trois dénonciation sont exigées à partir de quelle dénonciation courent les deux années. Aussi les uns les font courir à partir de la dernière dénonciation, les autres à partir de la première, les deux autres n'ayant alors d'autre but que de rappeler au débiteur que le délai court.

Certains auteurs ont même pensé qu'un délai de deux ans devait s'écouler entre chaque dénonciation, de sorte que la vente ne pourrait avoir lieu avant six ans.

La vente du gage étant un acte d'administration, peut

être accomplie par un mandataire conventionnel ou légal, tel que le tuteur. Sans doute, le tuteur ne peut vendre sans autorisation les biens immobiliers de son pupille, mais ici la vente porte sur l'accessoire d'une créance et comme dit la loi 5 § 3 de *reb. eor.* XXVII, 9 D. *hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum vendunt*. Le créancier conservera son droit de vendre alors même que la chose engagée deviendrait ultérieurement inaliénable : « *Si creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo* » lit-on dans l'*Oratorio Severi*, sur l'aliénation des immeubles d'un pupille. (Loi I. § 2, XXVII, 9 D).

Le créancier gagiste a la faculté de vendre, mais il n'a jamais le devoir de vendre, comme il a le devoir de percevoir les fruits. Il usera de cette faculté quand il le jugera convenable; il ne peut être contraint par le débiteur à vendre, quoique ce dernier soit insolvable, quoique le gage puisse aujourd'hui se vendre plus cher qu'il ne le pourra par la suite. Telle était du moins l'opinion de Pomponius. (Loi 6. pr. XIII, 7 D.) Atilicinus décidait au contraire que le créancier peut, suivant les circonstances, être contraint de vendre. Malgré la solution de Pomponius les intérêts du débiteur sont sauvegardés. Pour sortir de cette situation il n'a qu'à chercher un acheteur, car il a conservé le pouvoir de vendre. Pour cela il peut désirer être en état de montrer sa chose aux acheteurs; aussi lui reconnaît-on le droit d'agir contre le créancier pour que ce dernier exhibe la chose à l'acheteur. Préalablement le créancier pourra demander toute garantie pour la réparation du dommage qu'il peut éprouver en se rendant au désir de l'acheteur. Quand le débiteur a trouvé un acheteur, celui-ci doit se dessaisir du prix avant d'entrer en possession.

VII — EFFETS DE LA VENTE

Si le créancier a agi régulièrement en vendant, dans ce cas le tiers acquéreur est devenu propriétaire. Toutefois cela n'est pas vrai dans tous les cas : le créancier gagiste, comme toute personne admise à aliéner à un titre quelconque la chose d'autrui, ne peut le faire que par voie de tradition ; d'où il résulte que si la chose est *res Mancipi* il ne peut que transférer la propriété bonitaire, et l'acquéreur aura besoin d'usucaper pour devenir propriétaire *ex jure quiritium*. Peut-être même à l'origine, le créancier ne pouvait-il pas transférer par la tradition la propriété d'une *res nec Mancipi*.

Il est possible que la vente faite par le créancier soit entachée de fraude ; dans ce cas le tiers acquéreur ne peut pas être inquiété, car il a traité avec quelqu'un qui avait pouvoir de vendre. Le constituant du gage n'a ici qu'une seule action, une action en responsabilité, en dommages intérêts pour le tort que le créancier lui a causé méchamment. Loi 7 c., VIII, 28. Cette responsabilité pourra même s'étendre à l'acheteur s'il est complice du dol et si le créancier est insolvable. Mais même dans ce cas l'aliénation serait valable. Loi I. C., VIII, 30.

Le créancier ne vend pas la chose comme sienne, et par suite n'est pas tenu de l'obligation de garantie, telle qu'elle résulte en général du contrat de vente. Il doit livrer la chose à l'acheteur et lui céder toutes ses actions contre celui qui a constitué le gage, notamment son action *pignoratitia*. Loi 10. *de dist. pign.* XX, 5, D. En cas d'éviction, il n'est pas même tenu de restituer le prix. Et cette situation s'explique parce que le créancier ne garantit que la qualité en laquelle il vend ; il est garant, non de l'efficacité

du droit qu'il vend, mais de son existence. Or, il a le droit de vendre. Mais il en serait autrement s'il avait su que le constituant du gage n'en était pas propriétaire « *si sciens non esse ejus qui obligavit, vendiderit, tenebitur exemplo quia eum dolum praestare ostendimus.* » (L. 13. § 16. D. XIX. T. I.) Le créancier, à part les stipulations spéciales qui peuvent intervenir entre lui et l'acheteur, n'est responsable que de son dol. Nous devons en conséquence décider, en l'absence de textes sur ce point, qu'il ne sera pas tenu à raison des défauts de la chose engagée dont il a ignoré l'existence.

Quant à l'acquéreur, il devra payer son prix pour le tout entre les mains du créancier, même pour la portion qui excède le montant de la créance de ce dernier. Si le débiteur ne reçoit pas le prix des mains de l'acquéreur ne sera-t-il pas tenu néanmoins de supporter l'action en garantie, dans le cas où cet acquéreur viendrait à être évincé? Les Romains ne l'ont pas admis. Sans doute, il y aura lieu à un recours contre lui; mais ce ne sera pas par l'action *empti*, car le débiteur n'a pas personnellement vendu. Par suite l'acheteur ne réclamera pas le *quantum interest rem evictam non fuisse*, mais le remboursement de ce qu'il a payé en l'acquit du débiteur, c'est-à-dire le montant de la dette. Mais quelle sera cette action fondée sur le principe que *nemo alterius detrimento locupletior fieri potest*? Les uns comme Hermogénien semblent accorder une action *ex empto utilis*. (Loi 74. § 1. XXI. 2.) mais qui est alors une action utile, non seulement en ce sens qu'elle est en dehors des conditions où cette action prend naissance, mais encore en ce sens qu'elle se trouve soumise à des règles différentes de l'action directe. Les autres, comme Ulpien (Loi 38, XXI, 2. D) admettent, au contraire, que l'acquéreur se retournera contre le créancier

vendeur pour obtenir que celui-ci lui cède l'action *pignoratitia contraria*. En effet, si le créancier avait lui-même été privé de la chose par l'exercice de la revendication du véritable propriétaire, il aurait pu certainement intenter l'action *pignoratitia contraria* pour se faire indemniser du débiteur. Mais une objection peut être faite : le créancier ne peut plus rien céder au moment où l'acheteur agit contre lui, puisqu'il a été désintéressé et que le paiement a mis fin aux rapports nés du contrat de gage. Le jurisconsulte aurait sans doute répondu qu'*utilitatis causâ* on supposait fictivement la cession d'action intervenue au moment où l'acquéreur, était libéré de son obligation. Il est plus exact de dire que le recours de l'acheteur s'exercera par une action utile *negotium gestorum contraria*.

Ce n'est pas le contrat de vente, mais le paiement du prix qui éteint la dette et par suite le droit de gage. Le créancier pourrait toutefois remplacer le paiement du prix par une autre satisfaction quelconque dont il se contenterait, par exemple : nover la créance du prix, en faire remise à l'acquéreur par une *acceptilatio*. Quelles que soient les conventions qui interviennent entre lui et l'acheteur, vis-à-vis du débiteur, il sera toujours considéré comme ayant touché le prix. Une fois la vente réalisée, le débiteur devient désormais impuissant à pouvoir reprendre sa chose en désintéressant directement son créancier, car celui-ci tenu comme vendeur ne peut se voir empêché par le débiteur d'exécuter ses obligations. Loi 2. VIII. 20 c. Mais en sens inverse, le créancier a-t-il perdu désormais le droit d'exercer son action personnelle ? Les textes sont muets sur ce point. — Si le gage garantit plusieurs dettes qui ne peuvent être toutes acquittées avec le prix, la loi romaine (loi 101. § 1. XLVI. 3. D) décide que c'est le créancier qui déterminera sur

quelles dettes le prix sera imputé « *cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem quae natura tantum debeatur.* » Avant de quitter cette matière des effets de la vente, une dernière question nous reste à résoudre : en quelle qualité le créancier réalise-t-il la vente ? Agit-il *procuratorio nomine*, ou *proprio nomine* ? Si nous nous souvenons des droits accordés au créancier dans la vente de la chose engagée, droits bien souvent nuisibles au débiteur, nous devons reconnaître qu'il agit *jure proprio*. Cette idée se concilie parfaitement avec le droit du créancier de refuser de vendre, d'imputer le prix de préférence sur une créance naturelle, elle se concilie aussi avec le langage de Papinien. Loi 42, XIII, 7, qui nous dit que dans la vente, le créancier gère sa propre affaire « *ex facto seum creditor negotium gerat.* »

VIII — DOMINII IMPETRATIO

Nous avons vu jusqu'ici que le créancier pouvait à l'échéance réaliser la vente. Mais il se peut qu'il ne trouve pas d'acheteur, au moins à des conditions raisonnables. Le créancier était maître alors de s'adresser à l'Empereur qui pouvait sur sa demande lui accorder la possession *animo domini*. Cette possession en lui donnant le domaine bonitaire lui valait juste titre pour usucaper. Mais le débiteur conservait le droit de désintéresser le créancier, et de reprendre sa chose avant l'accomplissement de l'usucapion. Cette *dominii impetratio* existait dès l'époque classique, mais Justinien l'a réglementée de nouveau, loi 3, VIII, 34 c. Justinien se flatte d'avoir pourvu à l'intérêt légitime du créancier et à celui du dé-

biteur. La vérité, c'est qu'il a établi un système de crédit singulier. Indiquons la série des formalités.

L'échéance est arrivée ; le créancier fait une dénonciation au débiteur et après un délai de deux ans écoulé, depuis cette dénonciation, il essaye de vendre, mais il ne trouve pas d'amateur. Il fait alors à son débiteur une nouvelle dénonciation, et lui annonce son insuccès en lui faisant sommation nouvelle de payer. Si le débiteur est absent il s'adressera au juge pour provoquer la fixation par ce dernier d'un délai dans lequel le débiteur pourra « *sese manifestare et offerre pecuniam et pignus a pignoratione liberare.* » Sur cette sommation ou dans ce délai, si la dette n'est pas payée, le créancier s'adresse alors à l'Empereur pour obtenir la concession de la propriété même de l'objet.

Lorsque l'Empereur avait répondu favorablement à la requête qui probablement devait contenir l'indication des sommes dues par le débiteur et de l'accomplissement des formalités exigées pour la vente, le créancier n'était pas propriétaire incommutable. Dans un nouveau délai, de deux ans à partir de la date du rescrit, le créancier est menacé d'une résolution de la propriété. Le débiteur peut exercer dans ce délai une espèce de réméré en désintéressant le créancier, c'est-à-dire en payant le capital et les intérêts de sa créance avec une indemnité légitime pour le retard. Le bénéfice de la concession du *dominium* est encore perdu quand, postérieurement au rescrit le créancier reçoit du débiteur les intérêts des sommes, dues. « *Si creditor pignus jure domini a nostra serenitate possidere petiit et post formam rescripti alio anno usuras a vobis acceperit, a beneficio impetrato recessisse videtur*, loi 2 de *jur. dom.* VIII, 34-c. Le créancier n'est pas de son côté lié par cette *impetratio domini*, et il peut

reprendre sa qualité de créancier, par exemple, en vendant la chose. Lorsque le délai de deux ans s'est écoulé sans aucun événement particulier, le créancier devient propriétaire définitif sauf estimation de la chose par le juge. Si l'estimation ainsi faite était inférieure aux sommes dues, le débiteur n'était libéré que jusqu'à concurrence de cette estimation. Egalait-elle les sommes dues, le débiteur était complètement libéré; surpassait-elle le montant de la dette, le créancier était tenu de payer le surplus au débiteur, s'il voulait faire cesser l'indivision *ne ex communione fiat aliqua difficultas*.

Le créancier peut, malgré *l'impetratio dominii*, n'être pas devenu propriétaire, si le débiteur ne l'était pas lui-même. Dans ce cas, Ulpien nous dit, Loi 24, XIII, 7 D. que si le créancier est évincé, il n'aura pas l'action *pigneratitia contraria*, parce que l'obligation du gage est éteinte et que le contrat est résilié; il aura l'action *utilis ex empto* pour se faire payer tout au moins le montant de la dette ou *in quantum ejus intersit*.

IX — LEX COMMISSORIA

Une convention spéciale peut éviter au créancier la nécessité de recourir à cette *impetratio dominii*: c'est la *lex commissoria*. En principe, comme nous l'avons vu, le créancier peut, à l'échéance, aliéner l'objet du gage, mais il ne peut à cette époque s'approprier cette chose. Que décider si les parties au moment de la constitution du gage conviennent que, si la dette n'est pas payée à l'échéance, la dette sera éteinte et que la propriété du gage passera au créancier? Cette convention était valable dans le droit classique, et constituait le mode de liquidation le plus commode. Mais elle donna

lieu à des abus, parce qu'au moment de la constitution du gage, le débiteur consent à tout, étant à la merci du créancier, et parce qu'elle permettait trop facilement de dissimuler des prêts usuraires.

Aussi, Constantin, en l'année 320 a-t-il déclaré nulle cette clause, comme trop dure pour le débiteur (loi 3 VIII, 35 C.) Cette clause est appelé *lex commissoria*, mot qui exprime une clause entraînant contre une partie, une déchéance rigoureuse. « *Quod commissum est statim desinit esse ejus qui crimen contraxit.* » Loi 14, de public vect. XXXIX. 4. D.

Constantin n'a pas cru devoir se contenter de faire une loi pour l'avenir, et il fait produire à sa forme un effet rétroactif ; c'est ce qu'il nous apprend par ces mots. « *Quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet.* » Le débiteur resté propriétaire peut intenter l'action en revendication ou l'action *pigneratitia directa*. Mais on peut croire que pour les clauses antérieures à la constitution, il n'aurait pas le droit de suivre la chose entre les mains des tiers, à qui le créancier l'aurait transmise.

Il y a d'autres conventions qui ont de l'analogie avec la *lex commissaria* et qui ont toujours été reconnues valables. Ainsi les deux parties sont convenues au moment de la constitution, qu'à l'échéance la chose sera, à défaut de paiement, considérée comme vendue moyennant un prix qui sera fixé à cette échéance, et sera égal à la valeur de la chose à cette époque. Le prix s'imputera alors sur la dette en principal et intérêts. Il semble y avoir en quelque sorte dans cette opération une vente conditionnelle. Loi 16, § 9, XX. D. Ici, le débiteur devant être admis à débattre le prix, ne pouvait alléguer ni lésion, ni contrainte.

Voici une autre clause qui, je le crois, a toujours été

reconnue valable : C'est une convention qui intervient, après la formation du contrat de *pignus*, par exemple, à l'échéance, et par laquelle le débiteur consent à ce que le créancier devienne propriétaire à l'échéance sans estimation aucune, moyennant l'extinction de la dette. Cette clause intervient à un moment où le débiteur a retrouvé son indépendance et sa liberté en face du créancier. Si, d'après Paul (sent. II, XIII, § 3) le débiteur ne peut pas vendre au créancier la *fiducia*, cela tient à ce que par la *mancipatio* ou l'*injure cessio* la chose donnée en fiducie était déjà devenue la propriété du créancier.

Il est assez difficile de se rendre un compte exact de la *lex commissaria* admise par le droit classique, car Justinien n'a pas inséré, dans sa compilation, les passages écrits sur ce point par les jurisconsultes. On peut dire toutefois que cette clause intervenant dans l'intérêt unique du créancier, pouvait être délaissée par ce dernier qui poursuivait alors son paiement. On doit aussi reconnaître qu'alors même que le débiteur aurait payé avant l'échéance une partie de la dette, il se voyait néanmoins privé de la totalité de sa chose, *pœna committitur* (Loi 85, § 6, de *verb. oblig.* XLV, I. D).

DE L'ACTION PIGNERATITIA CONTRARIA

Le contrat de gage peut donner naissance à une action personnelle au profit du créancier : c'est l'action *pigneratitia contraria*. Ce n'est que par suite de faits accidentels que le débiteur peut être tenu envers le créancier. Et d'abord, le créancier gagiste peut avoir fait des dépenses nécessaires, c'est-à-dire, pour la conservation de la chose ; il pourra se faire rembourser ces dépenses ainsi que les impôts et les charges qu'il a dû acquitter comme posses-

seur. Loi 6, c, VIII, 14. Il a droit de demander ce remboursement, alors même que la chose a péri, s'il n'y a aucune faute à lui reprocher. (1)

Le créancier gagiste peut même être créancier pour des impenses utiles, si elles ont été faites du consentement du débiteur, Loi 25, XIII. 7. D. « *Si servos pignoratof artificijs instruxit creditor, si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris erit actio contraria* ». Si le débiteur n'y a pas consenti, la question doit se résoudre *ex-arbitrio judicis*: les impenses ont-elles réellement amélioré la chose, et peut-on supposer que le débiteur lui-même aurait fait un sacrifice aussi considérable, les impenses seront dues. En un mot le juge devra prendre un juste milieu et n'écouter ni un débiteur trop vétilleux, ni un créancier trop porté à charger le débiteur. Quant aux impenses voluptuaires, le créancier n'a qu'un *jus tollendi*, si l'enlèvement peut s'opérer sans endommager la chose.

Une autre application de l'action *pigneratitia contraria* se présentera dans le cas de dol du débiteur. Dans l'exécution de ses obligations, celui qui a donné la chose en gage est tenu de toute faute. Toutefois, conformément aux principes généraux, il ne doit être tenu que de la *cupa lata*, s'il a donné le gage pour la dette d'un autre. La raison en est que dans ce cas il ne retire aucun avantage du contrat, tandis que, si le gage est constitué pour la garantie de sa propre dette, le contrat intervient dans son intérêt. En conséquence de ces

(1) Par exemple pendant une maladie de l'esclave engagé, il a donné de l'argent aux médecins et l'esclave est mort; ou encore, il a réparé une maison qui a été incendiée plus tard, Loi 8. pr. XIII. 7. L'action personnelle est même surtout utile dans ce cas; car dans les autres, le créancier a le droit de rétention.

principes, si celui qui a remis une chose en gage a commis un dol en remettant une chose vicieuse, par exemple : des animaux atteints de maladie contagieuse qui la communiquent aux animaux du créancier, ou bien un esclave enclin au vol, le créancier pourra demander la réparation du dommage par l'action *pigneratitia contraria*. Nous venons de supposer que le débiteur était de mauvaise foi. Car si le débiteur donne en gage un esclave ignorant qu'il était voleur, et que cet esclave commette un vol au préjudice du créancier, le débiteur sera libre de faire abandon noxal du coupable, en réparation du délit. Loi 31. XIII. 7. Il faut remarquer que la caution n'est jamais responsable des dommages intérêts ; l'action *pigneratitia* ne pourra aucunement grèver la caution, car celle-ci n'a engagé sa foi, que pour la créance et nullement pour le gage.

Si le créancier a été averti du danger que peut faire courir la chose engagée, il ne pourra pas recourir à l'action *pigneratitia contraria* pour se faire indemniser du préjudice qu'il aura éprouvé. S'il n'a pas été averti, mais que le débiteur lui-même eût ignoré le mauvais état de la chose, nous pouvons généraliser la solution que nous venons de donner à propos de l'esclave voleur, et dire que débiteur pourra se soustraire aux dommages-intérêts en faisant l'abandon noxal. Mais cette *deditio noxae* n'empêchera pas le créancier gagiste de conserver sa créance. Le débiteur peut encore avoir commis une faute ou un dol en remettant en gage une chose dont il n'est pas propriétaire, ou une chose qui a déjà été frappée d'hypothèques. Dans ce cas, le contrat de gage est néanmoins valablement formé, et c'est précisément parce que le contrat est valable que le créancier peut demander par l'action *pigneratitia contraria* une indemnité à raison de ce qu'il souffre

de ce que la chose remise en gage n'appartient pas au constituant. Cela a lieu parce que le contrat de *pignus* est un contrat de bonne foi, dans lequel le constituant doit agir avec une certaine diligence. Nous avons dit qu'il en serait de même dans le cas où le constituant a engagé une chose déjà hypothéquée, sans prévenir le créancier. Mais ici une distinction doit être faite. Si la chose est d'une valeur considérable et a été engagée pour une somme modique, de sorte qu'elle vaut incontestablement plus que la créance garantie par l'hypothèque et celle garantie pour le gage, il ne peut plus être question pour le créancier d'action *pigneratitia*. Loi 36, § I, XIII, 7 D. Quant à l'exercice de l'action *pigneratitia*, il est du reste indifférent que le débiteur ait ignoré que la chose ne lui appartenait pas ou était déjà hypothéquée : c'est une faute de se croire propriétaire quand on ne l'est pas, et on en est responsable par l'action du contrat « *ignorantia eum non excusat.* » Mais celui qui remet en gage une chose dont il sait n'être pas propriétaire, sans le déclarer, commet une action punissable, qui rentre sous le crime de stellionat et donne lieu, outre l'action *pigneratitia contraria*, à une peine spéciale *extra ordinem*. Le stellionat est un mot désignant un dol grave dans un contrat, c'est un délit très indéterminé : on comprend sous ce nom tout fait de dol non dénommé et non prévu par la loi et néanmoins puni comme crime. Loi 3, § I, Stellion. XLVII, 20. D. « *Stellionatum autem objici posse his qui dolo quid fecerunt sciendum est : scilicet si aliud crimen non sit, quod objiciatur ; quod enim in privatis judicis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicumque igitur titulus criminis deficit illic stellionatu objiciemus.* »

Si le débiteur, rentré momentanément en possession

du gage, l'avait détruit, le créancier aurait en même temps que l'action *pigneratitia* l'action *ad exhibendum*. Si le débiteur l'avait endommagé par son fait, l'action *utilis ex lege Aquilia* concourrait avec l'action *pigneratitia*. Loi 27, XX, 1 D.

Une troisième application de l'action *pigneratitia* va nous être fournie par le cas où le créancier a vendu la chose qui lui avait été donnée en gage, et dont le débiteur n'était pas propriétaire. Une distinction doit être faite. Nous supposons que l'acheteur est évincé par une action réelle (revendication publicienne, action quasi-servienne, intentée par un créancier hypothécaire antérieur à la constitution du gage). Si le gagiste a vendu, sans contracter un engagement spécial de garantie, alors il ne peut être question pour lui de l'exercice de l'action *pigneratitia* parce que, comme nous l'avons déjà vu, il n'est pas tenu de garantir l'acheteur, et ne peut, par suite, souffrir de cette éviction. Néanmoins le créancier gagiste, en supposant que plus tard il découvrit qu'il était propriétaire de la chose vendue, ou bien en supposant qu'il devînt héritier du véritable propriétaire, n'aurait pas pu disputer le fonds à l'acheteur et l'évincer lui-même. Quoiqu'il ne fût pas tenu de la garantie par voie d'action, il eût été repoussé par l'exception de garantie. Loi 10. *de distract. pign.* XX. 5. D. Dans ce cas il devrait y avoir lieu à l'action *pigneratitia*.

Mais, si le gagiste en vendant la chose a consenti à se lier par la *stipulatio duplæ*, et qu'actionné à raison de l'éviction par l'acheteur, il soit condamné envers ce dernier, en vertu de sa promesse, pourra-t-il intenter l'action *pigneratitia contraria* afin que le débiteur le dédommage des condamnations qu'il aura encourues ? Ulpien, loi 22. § 4. XIII. 7. D. fait une distinction. Il aura ce re

cours, s'il a inséré cette clause dans la vente sans faute, ni dol de sa part, et s'il s'est conduit en cela comme un père de famille diligent. Mais si la vente n'a pas été plus avantageuse par suite de cette clause, et qu'il ait vendu seulement autant qu'il aurait pu vendre, quand même il n'aurait pas donné cette garantie, il n'a point de recours. Le créancier ne pourra donc, dans ce dernier cas, obtenir du débiteur que le montant de la dette.

Ainsi tout dol d'où résulte pour le créancier une diminution de garantie, fonde l'action *pigneratitia contraria*.

Le créancier est libéré de l'obligation de restituer la chose engagée par la perte fortuite de cette chose. Mais nonobstant la perte de la chose remise en gage, il pourra exiger du débiteur le paiement intégral de sa créance par l'action personnelle. Le débiteur regardait, il est vrai, cette chose comme devant servir à donner satisfaction au créancier; mais un gage est fait pour augmenter les sûretés du créancier et non pour les diminuer. La loi 9, IV, 24 de *pigner. act. c.* qui établit cette solution, a servi de fondement à la maxime *res perit domino*, parce que les Empereurs semblent fonder leur décision sur ce que: *pignus in bonis debitoris permanet*. Mais la maxime n'a pas de fondement dans cette hypothèse; car les qualités de propriétaire du gage et de créancier de la restitution se trouvent réunies dans la même personne, de sorte que, au premier abord, on pourrait être tenté de les confondre. L'adage sera faux, toutes les fois que les qualités de propriétaire et de créancier ne se trouvent pas réunies.

DROITS DU CRÉANCIER DANS SES RAPPORTS AVEC LES TIERS

Le contrat de gage ne donnait naissance par lui-même qu'à une obligation Instit. III, XIV, § 4. « *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia.* » Mais on ne s'arrêta pas aux droits conférés par la double action *pigneratitia* ; dans la pratique on ne tarda pas à admettre que tout contrat de gage renfermait une convention d'hypothèque. Et en effet, là où il y a le plus, il doit y avoir le moins. Le créancier aura désormais une action *in rem* qui garantit le droit réel *sui generis* créé par le prêteur. C'est une action pétitoire appelée *quasi Serviana, hypothecaria* ou *pigneratitia in rem*.

Nous ne voulons pas entrer dans l'étude de cette action car ce serait sortir des limites de notre sujet. Nous nous bornerons à étudier les actions qui ont toujours appartenu au créancier gagiste contre les tiers. En effet, comme il est intéressé à ce que la chose ne soit pas volée, il peut intenter l'action *furti*, l'action *vi bonorum raptorum* et même la *condictio furtiva* parce qu'il se commet à son égard un *furtum possessionis*. Il y a néanmoins ici, au point de vue de la *condictio furtiva*, quelque chose d'exceptionnel, puisque *in furtiva re soli domino condictio competit*. Il y a bien *furtum possessionis* mais cela n'écarte pas l'objection ; car, par cette *condictio*, le créancier n'obtient pas la seule possession, mais toute la valeur de la chose. D'autre part, cette *condictio* ne pourra être intentée qu'une fois. Quant à l'action *furti*, c'est conformément aux principes qu'elle est accordée au créancier gagiste. L'estimation et le double qu'il obtient

du voleur dans ces conditions constituent la nouvelle sûreté qui prend la place du gage. Le vol, qui devait avoir pour conséquence de diminuer sa sûreté, se trouve en fait l'avoir augmentée. Mais il ne doit point profiter de ces actions ; il est tenu d'imputer sur sa créance le montant de la condamnation. Par suite, c'est le débiteur qui profitera de l'exercice de ces actions, et une responsabilité incomberait au créancier s'il négligeait de faire acquérir un pareil profit au débiteur (Loi 22, XIII, 7 D.)

Comme le montant de la condamnation obtenu par ces actions va constituer une nouvelle sûreté pour le créancier la plupart des jurisconsultes accordèrent ces actions au gagiste alors même que sa responsabilité comme détenteur de la chose n'était pas en jeu et que le débiteur était solvable. Loi 12. § 2, XLVII, 2 *de furtis* D. C'est pourquoi on donnait l'action de vol contre le débiteur lui-même qui avait soustrait la chose. Cependant, si le débiteur lui-même avait commis le *furtum usus* à l'égard du créancier, celui-ci ne doit pas imputer sur la dette ce que le débiteur lui-même aurait été obligé de lui payer à raison de l'action *furti* ; car autrement le délit du débiteur resterait impuni. Loi 22 pr. XIII, 7. D.

L'action *furti*, dans ce cas, aura pour objet, non pas le double ou le quadruple de la chose engagée, mais le double ou le quadruple de la créance. Loi 87 *De furtis*, XLVII, 2. D. « *Creditori actio furti in summam pignoris non debiti competit ; sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur ; ut in summam pecuniæ debitæ et usurarum ejus, furti conveniretur.* » Ainsi les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, intentées contre les tiers par le créancier gagiste, lui font obtenir le double ou le quadruple de la valeur de la chose, tandis que dirigées contre le débiteur, elles font obtenir au créancier le

double ou le quadruple de la créance. Et cela s'explique facilement si on remarque que le débiteur propriétaire de la chose ne cause au créancier un préjudice que dans la mesure de la valeur que la possession peut avoir pour lui, c'est-à-dire dans la mesure du montant de la créance.

Le créancier doit-il aussi profiter de ce qu'il aura obtenu du débiteur par la *condictio furtiva*, c'est-à-dire le montant de la créance augmentée des intérêts ? Je crois qu'il faut admettre la négative. En effet, la *condictio furtiva* n'est pas une action pénale, mais une action *rei persecutoria* et les Romains ont admis qu'on ne peut exercer deux actions *rei persecutoriae* pour obtenir deux fois la même chose, ce qui serait contraire à la bonne foi. La créance se trouvera donc éteinte comme conséquence de l'exercice de la *condictio furtiva*. On a objecté, il est vrai, que dans le *principium* de la loi 22, XIII, 7, Ulpien après s'être demandé si le créancier doit imputer sur sa dette ce qu'il a obtenu au moyen de l'action *furti* ou de la *condictio furtiva* répond « *et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit,* » ce qui, dit-on, doit s'appliquer aux deux actions qu'il vient d'indiquer. Mais, ne serait-il pas plus logique de tirer de ce texte un argument *a contrario* résultant du silence gardé sur la *condictio furtiva* dans la réponse du jurisconsulte; argument *a contrario* d'autant plus puissant qu'il nous permet d'appliquer un principe de droit commun. « *Et puto improbum esse eum qui velit iterum consequi, quod accepit.* » Loi 51. § 1, XLII, 1. D. *de re judicat.*

On a prétendu aussi tirer argument du § 1 de la même loi 22, qui décide que dans le cas où le créancier a été forcé par la crainte à livrer au débiteur l'esclave qu'il avait reçu en gage, s'il a intenté l'action *quod metus causa*, et a ainsi obtenu le quadruple, il n'est pas tenu de

restituer et d'imputer sur la dette ce qu'il a ainsi obtenu. Or l'action *quod metus causa* est mixte. c'est-à-dire qu'elle est à la fois *rei persecutoria* et pénale. Si dans ce cas le créancier conserve néanmoins l'action de sa créance pourquoi lui refuser ce droit dans le cas de la *condictio furtiva*? « Ce raisonnement n'aurait de valeur que si les actions mixtes suivaient la loi des actions *rei persecutoriae*; mais il en est tout autrement; ces actions sont assimilées, quant à leurs effets aux actions pénales, car, quoiqu'elles renferment le simple à titre de dommages-intérêts, elle ne peuvent être intentées contre les héritiers de celui qui a commis le délit ou la violence, par conséquent l'argument *contrario* conserve toute sa force. Ulpien n'a pas mentionné la *condictio furtiva* parce que l'imputation se fait. D'ailleurs la loi 74. XLVI.3 confirme ce système et pose nettement le principe que le créancier n'a pas besoin d'imputer; le créancier, y est-il dit, peut profiter de ce qu'il a obtenu du débiteur *pœnæ nomine*; donc il ne peut pas profiter de ce qu'il a obtenu par la *condictio furtiva*. » (1)

Les jurisconsultes romains accordèrent aussi au créancier gagiste l'action de la loi Aquilia, mais, à la différence de l'action *furti*, ils le firent avec hésitation. Paul n'accorde l'action utile de la loi Aquilia contre un tiers, que si le créancier a perdu son action personnelle contre le débiteur ou si celui-ci est devenu insolvable et encore il ne l'accorde que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

Ce sera au débiteur d'exercer l'action de la loi Aquilia *in id quod debitum excedit*, loi 30 § 1, IX. 2. D.

Indiquons en terminant l'étude des droits qui appar-

(1) Molitor. *Les obligations en droit romain*. Tom. 2. p. 289.

tiennent au créancier gagiste contre les tiers, que ce créancier peut exercer les actions confessoires et négatoires relativement à l'immeuble engagé « *E qui pignori fundum accepit non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur.* » Loi 16 de servit. VIII. I. D.

XII — DROITS QUI APPARTIENNENT AU DÉBITEUR

Nous avons vu que le créancier n'avait pas le droit d'user de la chose remise en gage. Le débiteur n'a pas non plus ce droit, car il ne possède pas. L'usage de la chose se trouvait donc perdu pour tout le monde. Aussi souvent il convenait aux parties de faire revenir la chose des mains du créancier aux mains du débiteur, sans détruire pourtant le contrat de *pignus* et la sûreté du créancier. L'intérêt du débiteur concourait avec l'intérêt du créancier dans la réalisation de ce fait juridique. Le créancier responsable de sa négligence peut vouloir s'exonérer de l'administration de la chose. On trouva le moyen de réaliser ces désirs. On pouvait d'abord se servir d'un contrat de louage; le créancier nanti à titre de gage louait la chose au débiteur qui en est cependant propriétaire. Le louage est alors une *possessionis locatio* et le débiteur possède sa propre chose au nom d'autrui; car d'un côté le créancier a l'intention de conserver la possession, et le locataire n'a pas l'intention de l'acquérir. Loi 37, XIII. 7. D. La *possessionis locatio* n'est pas une location qui donne au fermier la possession juridique. Le prix de la location était imputé sur les intérêts et sur le capital, comme dans le cas où le créancier percevait directement les fruits. D'après les Basiliques

le débiteur n'aurait pas eu, en vertu de ce contrat de louage, l'action *conducti*.

Mais il y avait encore un autre moyen, la concession en précaire : le créancier concédait la chose engagée au débiteur à titre de précaire. C'est une application du précaire admise après coup et qui a donné lieu à des doutes. Lorsque le créancier consentait à laisser, par un *precarium*, l'objet du *pignus* entre les mains du débiteur, on ne pouvait pas admettre par ce fait même qu'il se dépouillât des actions possessoires, sa seule garantie, d'autant moins que la nature de la convention indiquait suffisamment son intention de conserver ses droits. Aussi présumait-on qu'il n'avait voulu concéder de la sorte dans ses rapports avec le débiteur que la détention matérielle avec bénéfice de la jouissance. •

La pratique faisait un usage journalier de ce *precarium*. Le créancier avait le droit, dès que cela lui convenait, de demander la restitution de la chose : il avait l'interdit *de precario* ; la possession était vicieuse par rapport à lui, et par suite elle était regardée comme non avenue. Il y avait toutefois une différence entre le bail et le précaire en ce sens que dans le bail le créancier retient entièrement la possession, tandis que dans le précaire il s'en dessaisit à l'égard des tiers.

Ulpien nous donne à entendre que cette application du précaire avait soulevé quelques difficultés comme contraire à la règle *precarium suæ rei consistere non potest*. Or, on avait ici un propriétaire ayant la possession précaire de sa chose. Mais on avait considéré que le *precarium* procurait au débiteur un avantage indépendant du *dominium*, avantage dont il était privé par le contrat de gage, qu'il faisait en somme acquérir au débiteur quelque chose qui ne lui appartenait plus. Le créancier ayant la

possession devait pouvoir la concéder en précaire même au propriétaire.

Le débiteur a l'action *pigneratitia directa* contre le créancier pour exiger la restitution de la chose (1). Si la dette est payée, ou d'une façon plus générale, est éteinte, c'est-à-dire lorsqu'il a marqué d'une manière quelconque en novant, en transigeant, en faisant remise que son intention était de renoncer au droit de gage. Si le créancier a vendu, il est néanmoins débiteur en ce sens que le droit de vendre ne fait pas disparaître l'obligation de rendre compte de la vente. Dispensé de restituer la chose en nature, il ne doit rien si le prix de vente est inférieur ou égal au montant de sa créance, sinon il est comptable de l'excédant. Mais doit-il, dans tous les cas, l'intérêt de l'excédant du prix ? Pomponius nous apprend, loi 6, § 1, XIII; 7 D, qu'il doit compte des intérêts de cette somme lorsqu'il a fait un placement avec intérêts, ou lorsqu'il a fait lui-même usage de cette somme. Il en serait de même s'il était en demeure. S'il l'a gardée en dépôt et qu'il n'en opère pas tardivement la restitution, il ne doit faire que le remboursement de l'excédant seul.

Le créancier qui vend est comme un mandataire (2), il doit agir avec diligence et au mieux des intérêts du débiteur, lorsque ces intérêts ne se trouvent pas en contradiction avec les siens. C'est ainsi qu'il serait responsable s'il avait vendu la chose moyennant un prix trop bas.

(1) Si le créancier s'obligeait à rendre autre chose que ce qu'il a reçu l'opération changerait de caractère et ne constituerait plus un gage.

(2) Nous ne disons pas est un *mandataire* car il vend *proprio nomine*.

Par rapport à ses obligations, le créancier est tenu des soins d'un bon père de famille, par la raison que la constitution du gage se fait dans l'intérêt de celui qui le reçoit et qui par là se voit assuré du paiement de sa créance. Le paragraphe 4 des Institutes III, 14 a fourni à l'occasion de notre contrat un argument à ceux qui admettent trois degrés de faute, parce qu'il semble indiquer qu'il y a un degré de soins supérieur à l'*exacta diligentia* « *placuit sufficere exactam diligentiam.* » Mais la rédaction des Instituts s'explique, si on remarque qu'en écrivant cette phrase, les rédacteurs reportaient déjà leur idée à la phrase suivante où il est dit que le créancier gagiste n'est pas tenu des cas fortuits. A ce point de vue, ils ont pu dire qu'il suffit d'apporter *exactam diligentiam*. En d'autres termes, Justinien a voulu uniquement établir une antithèse entre le cas fortuit dont le gagiste ne répond pas et la faute dont il répond toujours.

Ainsi le créancier gagiste est tenu de la *culpa* et de la *diligentia*. « Si vous avez donné vos esclaves en gage au créancier, celui-ci devra imputer d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital tout ce qui a été acquis et ce qui aurait pu l'être par le travail de ces esclaves » Loi II. VIII, 25 C. Le créancier gagiste devrait des dommages-intérêts s'il avait vendu la chose sans observer les formalités prescrites par la loi ou par la convention. Nous avons vu même que, d'après certains jurisconsultes, l'obligation de se comporter en bon père de famille aurait compris l'obligation de vendre lorsqu'il était possible à un moment donné, de le faire à des conditions avantageuses qui ne pourraient plus être retrouvées.

Le créancier gagiste est aussi tenu de la *custodia* l. 13. § 1, XIII. 7. D. « *Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato; venit et custodia, vis major non*

venit. » Probablement les parties avaient l'habitude de stipuler la *custodia* par une clause du contrat, c'est pourquoi on a fini par la sous-entendre. En général, en effet, cette obligation n'existe que là où les parties l'ont stipulée. La *custodia* se rapporte à une garde tout à fait extraordinaire et spéciale à certains objets : tels sont les esclaves et les animaux à cause de la possibilité d'une fuite qui peut tromper même un homme diligent : tels sont encore les objets mobiliers susceptibles d'être facilement dérobés.

De ce que nous venons de dire, il résulte que la responsabilité du créancier gagiste s'apprécie *in abstracto*. Toutefois Gaius, dans la loi 18, pr. XIII, 6. *Comm. in fin.*, semble n'avoir imposé au créancier gagiste les soins d'un *bonus pater familias* qu'avec la restriction *qualem in suis rebus diligentiam adhibere solet*. Mais il faut admettre que Gaius avait écrit non pas *in rebus pigneri datis*, mais *fiduciæ datis*, et que Justinien, par inadvertance, a remplacé l'une de ces expressions par l'autre. Or, en cas de fiducie, la faute du créancier s'appréciait *in concreto*.

Lorsque le créancier a exercé son droit de vendre, il doit imputer le prix sur ce qui lui est dû en principal et accessoires et rendre le superflu soit au débiteur, soit au créancier hypothécaire. Si le prix n'est pas payé, le débiteur peut demander que le créancier vendeur lui fasse cession de l'action à concurrence de l'excédant. Cependant, dit la loi 24, § 2, XIII, 7 D, cette cession se fera aux risques du vendeur qui, étant responsable de toute faute, devra répondre de l'insolvabilité de l'acquéreur lorsqu'on peut s'en prendre à lui de l'existence de cette insolvabilité, à savoir si, au moment de la vente, elle existait déjà ou si elle est survenue postérieurement pendant que le vendeur était en retard de demander le paiement du prix.

Par suite, il ne se libérerait pas s'il voulait déléguer l'acheteur au débiteur, attendu, nous dit Ulpien (loi 42, XIII, 7), que, *in venditione quæ fit, ex facto suum creditor negotium gerat*. Il ne pourra donc pas, en opérant une délégation qui produit novation, se soustraire aux obligations qu'il a contractées en vendant. Mais le créancier ne verrait pas sa responsabilité engagée par l'insolvabilité de l'acquéreur si elle était survenue subitement et sans être précédée d'une faute de sa part. Il aurait même le droit, puisqu'il ne serait pas payé, de recourir à son action personnelle pour demander au débiteur le paiement de sa créance.

L'obligation de restituer implique naturellement celle de veiller à la conservation du gage ; c'est encore l'action *pigneratitia directa* qui sanctionne cette obligation du créancier. Si la chose périt par cas fortuit, l'obligation de l'*accipiens* est éteinte faute d'objet ; c'est aussi le *tradens* qui supporte la détérioration due au cas fortuit.

Supportant seul les diminutions de valeur accidentelles, le débiteur profitera par compensation des augmentations de la chose engagée. En cas de perte fortuite, le créancier est non seulement déchargé de son obligation de restituer la chose, mais il conserve encore son action personnelle. Si la chose engagée a péri ou a subi des détériorations et que cette perte ou cette détérioration provienne du fait ou de la négligence du créancier, il en est responsable et doit une indemnité au débiteur. Comme conséquence de cette obligation de veiller à la conservation de la chose, Ulpien a décidé (loi 24, § 3, XIII, 7 D) que si le créancier gagiste a prostitué une esclave qui lui a été donnée en gage, ou s'il l'a forcée de faire quelque autre acte illicite, le droit de gage est éteint à l'instant, « *illico pignus ancillae solvitur*. » Nous pensons qu'Ul-

prien n'a donné cette espèce que comme exemple et qu'il faut décider que le créancier pourra être forcé à restituer le gage même avant le paiement, lorsque, par son fait, le gage viendra à subir certaines détériorations.

Le débiteur peut, malgré le gage, vendre sa chose, la grever de servitudes, en tant que cela ne nuira pas au créancier; il peut en disposer *mortis causâ*.

L'action *pigneratitia directa* qui appartient au débiteur est une action personnelle, civile, de bonne foi et *concepta in jus*. Elle ne peut être intentée que par le débiteur et ses héritiers, et ne peut être jamais exercée par un tiers, alors même que celui-ci aurait donné au débiteur une chose avec la permission de l'engager (1). A l'inverse elle ne peut être intentée que contre la personne qui a reçu le gage ou ses héritiers : l'action *pigneratitia* se restreint aux rapports du gagiste et du constituant. Elle ne pourrait pas même être exercée contre le cessionnaire du créancier gagiste; car on ne peut se décharger d'une obligation par une cession.

Le débiteur ne peut avoir contre les tiers que l'action en revendication, ou *l'hereditatis petitio*. Il pourrait même avoir l'action que le créancier gagiste a contre les tiers avec lesquels il a contracté; mais il ne peut exercer cette dernière qu'*utiliter* comme mandataire du créancier gagiste, en vertu du principe que celui à qui une action doit être cédée peut aussi, indépendamment de la cession intenter cette action *utiliter*. (V. Molitor. *Obligations*

(1) Il n'aura d'action personnelle que contre le débiteur; ce sera, suivant les cas, l'action *commodati*, l'action *locati*, l'action *prescriptis verbis*. S'il intentait l'action en revendication, il serait repoussé par l'exception de dol, que le créancier lui opposerait valablement, puisque la chose a été engagée du consentement de ce propriétaire. (Loi 27, XIII, 7 D.).

tom. 2, p. 297 et suiv.) Il faut donc repousser l'opinion de ceux qui prétendent que l'action *pigneratitia directa est in rem scripta* et peut s'exercer contre les tiers. La loi 2. XX, 6 D. *quib mod. pign.* nous montre que le débiteur pour agir contre les tiers doit prendre la voie de la revendication.

D'autre part, nous voyons dans la loi 7. pr. XX, 5. D. que si le créancier a vendu la chose engagée avec la clause qu'il lui serait permis de rendre l'argent et de recouvrer la chose, le débiteur peut agir contre le créancier pour qu'il lui cède les actions qu'il peut avoir, et par suite l'action *venditi* qui lui appartient contre l'acheteur.

Après cette cession le débiteur pourra obtenir la chose en offrant de rendre le prix. Ce pacte était fait par le créancier dans l'intérêt évident du débiteur, mais il avait revêtu la forme que nous venons d'indiquer pour respecter la règle en vertu de laquelle on ne peut stipuler pour autrui. Mais la loi 13. pr. XIII 7, nous apprend qu'on finit par admettre la validité d'un pacte ainsi conçu : *ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam*. D'abord le créancier est obligé de céder ses actions au débiteur pour que celui-ci puisse profiter du pacte. On finit par lui accorder une action *in factum*, donnée à la place de l'action directe que devait lui déléguer le créancier, et qui par conséquent, n'est autre que l'action *utilis venditi* : Ulpien va même plus loin : il accorde même l'action en revendication. Ce jurisconsulte ne fait qu'appliquer ici sa doctrine sur la condition résolutoire : le paiement du prix doit résoudre la propriété.

Une dernière question nous reste à examiner relativement à la prescription de cette action *pigneratitia directa*. Cette action se prescrit par le laps ordinaire de

trente ans. Certains auteurs s'étaient appuyés pour soutenir le contraire sur deux constitutions de Dioclétien et de Maximien, lois 10 et 12 c. *de Pign. act.* IV. 24. « Il suffit de se rappeler la date de ces constitutions et les termes qui y sont employés (*longi temporis praescriptione, spatio longi temporis*) pour se convaincre qu'il ne s'agit point de la prescription extinctive qui ne fut appliquée aux actions civiles que par Théodose II, mais que les Empereurs décident tout simplement que le possesseur du gage ne peut jamais se prévaloir de la prescription acquisitive, par la raison très simple qu'il n'a point de possession utile à cet effet. » (1)

Mais à quelle époque commencera cette prescription ? Suivant les uns c'est à partir du contrat de gage. Mais cette opinion ne peut être admise, car le débiteur a le droit de ne payer qu'à partir du terme et il ne peut par suite être réputé négligent. Il en serait surtout ainsi si le terme était dans l'intérêt du créancier, cas où le débiteur ne peut payer avant le terme.

Si la dette est sans terme, on peut dire, même ici, qu'il n'y a pas négligence, car le débiteur doit être réputé différer le paiement du consentement du créancier. Suivant les autres, l'action *pigneratitia* ne doit commencer à être soumise à la prescription qu'à partir du moment où le débiteur a payé sa dette, puisque c'est à partir de ce moment qu'elle prend naissance. Cette opinion trop favorable au débiteur doit être elle-même repoussée, et il faut dire que la prescription court à partir du terme où le débiteur doit payer, ou à partir de la sommation. Il ne faut pas que le débiteur, s'il ne paie pas au terme, s'il n'obéit pas à la sommation, profite de sa négligence.

(1) V. Maynz. Cours de droit romain. T. 2.

CHAPITRE IV

Comment le contrat de *pignus* prend fin.

Le contrat de *pignus* n'est pas un contrat qui, comme la vente par exemple, établit entre les parties une situation qui doit se perpétuer.

Dans la vente la propriété d'une chose est transférée à l'acheteur d'une manière définitive; dans le contrat de gage, au contraire, la possession d'une chose est remise au créancier gagiste, mais cette possession doit un jour faire retour au débiteur propriétaire. La situation du créancier gagiste est analogue à celle du locataire dans le louage des choses; celui-ci a une détention qui est destinée à prendre fin, comme la possession du créancier gagiste. Quels sont les événements qui vont faire évanouir les droits du créancier gagiste nés à l'occasion du contrat de *pignus*; ce qui revient à se demander quand

est-ce que le gage prend fin ? Le gage peut s'éteindre parce que le but que les parties se proposaient en contractant est atteint, ou bien parce que les choses sont mises dans un état tel, que son existence est rendue impossible. Ces deux idées vont nous servir de guide dans cet examen rapide.

Le *pignus* intervient à l'occasion d'un droit principal auquel il se rattache. Toutes les causes d'extinction de la créance, raison d'être du contrat, devront en amener l'extinction : les droits qui ont été conférés au créancier vont s'évanouir lorsqu'il aura reçu satisfaction. Il pourra se contenter de la satisfaction qui lui est offerte par le débiteur à la place du paiement de ce qui lui est dû. La compensation sera assimilée au paiement puisqu'elle n'est qu'un paiement mutuel. Le gage s'éteindra aussi lorsque la créance garantie disparaîtra pour faire place à une nouvelle en cas de novation. Le créancier est considéré comme ayant reçu satisfaction par la substitution de la nouvelle créance à l'ancienne ; il peut toutefois stipuler que le gage continuera à subsister.

Alors qu'il n'aurait reçu aucune satisfaction, le créancier peut se comporter comme s'il avait été payé ; il peut renoncer gratuitement aux avantages qu'il tenait du *pignus*. Il en sera ainsi, en principe, s'il restitue au débiteur la chose engagée, s'il lui permet de la vendre, de l'engager ou de l'hypothéquer en faveur d'une autre personne.

Ainsi le paiement de la créance est le terme naturel du droit de gage ; ce n'est pas l'expiration d'un certain laps de temps, mais l'extinction de la dette. Le débiteur pourra demander la restitution du gage lorsque le créancier abusera de sa possession (Loi 24. § 3, XIII. 7 D.) C'est une résolution du contrat de gage à raison de

l'inexécution par le créancier de l'obligation qu'il avait contractée de ne point abuser du gage.

Des circonstances postérieures au contrat de *pignus* peuvent aussi se présenter qui priveront le créancier de son droit. Le gage prendra fin faute d'objet lorsque la chose viendra à périr fortuitement. Cela a lieu non seulement pour les choses corporelles, mais même pour les choses incorporelles. Le droit de gage consenti par l'usufruitier, l'emphytéote, le superficiaire cesse à la suite de l'extinction du droit affecté au gage. D'autre part le *pignus pignori datum* ne peut survivre à l'extinction du droit du premier créancier.

La situation sera la même pour le créancier gagiste, lorsque la chose corporelle, sans périr, cessera rétroactivement d'être considérée comme la chose du constituant : cela aura lieu dans les cas où la révocation du droit de propriété s'exerce *in rem*.

La confusion peut être un obstacle à l'existence du droit de gage et cela à un double point de vue. Il peut y avoir réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur ; cette situation entraîne l'extinction de l'obligation et, par voie de conséquence, celle du gage.

Il peut aussi y avoir réunion des qualités de créancier et de propriétaire de la chose engagée, par exemple, par achat amiable.

La mort du créancier sera sans influence sur notre contrat, il en sera de même de celle du débiteur ; aucune impossibilité juridique à la continuation du contrat ne résulte de ce fait.

La continuation du contrat est une obligation pour l'héritier du débiteur, un droit pour l'héritier du créancier.

Nous devons mentionner ici certaines causes exceptionnelles qui vont mettre fin au gage. Le créancier qui reste en défaut de fournir la caution *damni infecti* du chef du bâtiment qui lui est engagé, perdrait son droit de gage. (Loi 15 § 25, XXXIX, 2. D, *de damn. infect.*) —

L'aliénation d'une chose faite par le fisc, l'Empereur ou l'Impératrice, a pour effet d'éteindre le droit de gage. Lois 2 et 2 c. VIII. 37.

Nous terminerons ce rapide aperçu, simple appendice à l'étude du contrat de gage, en disant que l'examen de l'intention des parties contractantes peut fournir des cas où le gage prend fin. Le gage était intervenu en vue d'un prêt qui n'a pas eu lieu (Loi 11, § 2. XIII. 7. D); le débiteur pourra demander la restitution du gage.

La condition suspensive peut se rencontrer dans le contrat de gage. Sans doute, ce contrat prend naissance *re*, par la remise d'une chose; et la remise d'une chose étant un pur fait, il semblerait que toute modalité suspendant la formation du contrat fut par là même exclue. Mais il faut répondre que dans la remise d'une chose, à côté du fait matériel, il y a l'intention des parties qui est dominante et qui en détermine les effets. Si le contrat de *pignus* a été fait sous condition suspensive et que la condition ne se réalise pas, on dira non pas que le contrat prend fin, mais qu'il ne s'est jamais formé.

Le contrat de *pignus* pourrait-il au moment de sa formation être soumis à une résolution conditionnelle? Non, car la condition résolutoire n'est autre chose qu'une dissolution conditionnelle *mutuo dissensu* convenue *ab initio*. Par suite, les contrats qui peuvent être dissous *mutuo dissensu*, c'est-à-dire les contrats consensuels, et seulement ceux-là, peuvent être formés sous une condition résolutoire.

DROIT FRANÇAIS

DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS

Généralités sur le gage

I

Le gage est une sûreté réelle mobilière qui donne au créancier le droit de retenir la chose engagée jusqu'à parfait paiement et le droit de provoquer la vente de l'objet et de se faire payer avant les autres créanciers du même débiteur sur le produit de la vente.

II

Cette institution, que nous avons étudiée en droit romain fit son entrée dans les Gaules avec le droit romain ; elle resta en vigueur, même après l'invasion des Francs et autres peuples du Nord. Malgré le peu de valeur des meubles dans notre ancien droit, le gage fut cependant un instrument de crédit auquel les emprunteurs eurent assez fréquemment recours ; le créancier était alors mis en pos-

session de l'objet engagé. C'est ainsi que la coutume de Paris nous dit art. 181 « et n'a lieu la contribution quand le créancier se trouve saisi du meuble qui lui a été baillé en gage. » Les Juifs et les Lombards sans cesse frappés des mesures d'expulsion et de confiscation par des édits, devaient préférer aux sûretés immobilières les engagements d'objets mobiliers qu'ils pouvaient emporter avec eux au premier signal du danger qui menaçait leurs intérêts pécuniaires. Comme la possession était un élément nécessaire du gage, la loi crut devoir se préoccuper des fraudes et des simulations qui pouvaient intervenir relativement à cette condition. Nous voyons les ordonnances royales chercher à sauvegarder les droits des tiers. C'est ainsi que l'art. 148 de l'ordonnance de 1629 appelée Code marchand décide que « toutes personnes qui prendront gages pour deniers prêtés ou dus sans bailler reconnaissance par écrit des dits gages, restitueront les gages et perdront la dette. » Cette législation trop favorable au débiteur ne fut pas conservée avec ses rigueurs par l'ordonnance du commerce de 1673 qui décide dans son article 8, titre VI, que « aucun prêt ne sera fait sous gage qu'il n'y en ait un acte par devant notaire, dont sera retenue minute et qui contiendra la somme prêtée et les gages qui auront été délivrés à peine de restitution des gages. »

Mais dans la pratique on n'appliquait pas cette ordonnance avec toute sa rigueur ; on la considérait comme dirigée contre les usuriers et prêteurs de mauvaise foi. On tenait compte des circonstances et le créancier de bonne foi n'était pas passible des conséquences qui semblaient devoir résulter de son inobservation de la loi. Cette tolérance se manifestait surtout au profit des intérêts commerciaux, et cela pour favoriser le libre développement du commerce.

Notre législation a reproduit dans sa généralité les dispositions de l'ordonnance de 1673. Le code civil a-t-il eu raison de suivre, en ce point, la tradition antérieure ?

III

Avant de jeter un coup d'œil sur notre législation actuelle voyons ce qu'exigent les véritables principes du crédit.

Le crédit n'est que la permission d'user du capital d'autrui ; il n'augmente pas les moyens de production, il ne fait que les transporter de l'un à l'autre. Mais si le crédit est le simple transport d'un capital d'une main à une autre, c'est en général, un transport à des mains plus capables de l'employer utilement à la production. « Bien que les capitaux productifs d'un pays ne soient pas augmentés par le crédit, il sont appelés à une activité plus grande dans la production. » A un autre point de vue le crédit est la transformation des capitaux stables et engagés en capitaux circulants et dégagés, c'est-à-dire le moyen qui rend disponibles et circulants des capitaux qui ne l'étaient point, sans leur faire perdre leur caractère de fixité et de production stable, c'est-à-dire, sans astreindre le propriétaire à s'en dessaisir, et leur permet par conséquent de se porter partout où leur besoin se fait sentir.

Le crédit sur nantissement est celui qui repose sur la garantie produite par la détention du gage mobilier et par le privilège qui en est la conséquence. Mais ce moyen d'obtenir de la confiance entraîne la perte de l'usage utile des choses, conséquence du dessaisissement, et n'aboutit qu'à des dépenses, les frais de garde, qui ne sont pas compensés par les bénéfices de l'usage. L'organisation du gage avec nécessité d'une tradition faite au

créancier est, comme on l'a dit justement, stérile et contraire à l'ordre économique.

Malgré l'espérance de certains économistes de voir le crédit personnel dominer à l'avenir sur le crédit réel, le nantissement prend tous les jours une grande extension. La suppression de la contrainte par corps est venue encore en 1867, augmenter son développement progressif. Les créanciers privés de cette garantie personnelle réclament une garantie réelle. Il faut donc organiser le gage conformément aux exigences de la pratique. Il faut dans l'intérêt de l'avancement de l'humanité, que le crédit réel se développe, que toute valeur existante soit faite monnaie. « L'idéal en matière de crédit réel est que toute la totalité des valeurs existantes sur la surface du globe, de quelque nature qu'elles soient, pourvu qu'elles contiennent une propriété réelle de l'homme, rendues mobiles soient mises en circulation. » (*Revue des Deux-Mondes*, Lammenais, article sur l'Omnium, association de crédit général). Une tentative a été faite pour la réalisation de cette idée par M. de Ripert-Monclar qui organisa sous le nom d'Omnium, une vaste association de crédit dont le but final était de rendre mobiles toutes les valeurs existantes susceptibles de constituer une propriété réelle. Nous sommes encore loin de la réalisation de cet idéal ; mais la loi ne doit pas entraver la marche de l'humanité vers ce progrès futur. Elle doit, en conséquence, laisser la plus grande liberté aux parties en matière de crédit réel. Entraver les conventions utiles et honnêtes pour empêcher le dol de s'y introduire n'est plus l'œuvre de notre temps ; la loi ne doit désormais plus avoir d'autre rôle que d'atteindre la fraude quand elle se montre et de laisser à l'honnêteté libre carrière.

L'organisation du gage doit respecter et appliquer les

principes suivants : 1° Le titre du gage doit être doué au plus haut degré de la faculté de circuler ; 2° la garantie du remboursement doit être aussi complète que possible : 3° le gage doit être réalisable le plus rapidement possible.

Après ces idées générales examinons la théorie de notre législation. Le gage se divise en deux catégories : le gage civil et le gage commercial ; il est très-important de bien les distinguer, car le gage civil est resté soumis à des règles sévères auxquelles le gage commercial s'est soustrait. Le criterium pour distinguer si un gage est civil ou commercial se trouve dans l'art. 91 code de Commerce. Le gage commercial est le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant pour un acte de commerce. » Il faut entendre ce texte en ce sens que le gage est commercial lorsqu'il est donné pour la sûreté d'une dette commerciale du côté du débiteur, peu importe, au point de vue du fond du droit, qu'il soit donné par un commerçant ou un non commerçant. Seulement si le débiteur est commerçant, on présumera la commercialité de la dette sauf preuve contraire ; si au contraire le débiteur n'est pas un commerçant de profession, on présumera, dans le doute, la non-commercialité.

Au début de notre codification, le gage civil et le gage commercial sont soumis à des règles identiques. Le gage est assujéti à de grandes précautions par le code civil : il faut un écrit décrivant bien l'objet sur lequel repose le droit de gage, écrit qui doit être « dûment enregistré. » (art. 2074. Code civil). Toutefois la jurisprudence décide qu'il ne faut pas, s'attachant aux termes de la loi, exiger toujours l'enregistrement et qu'il suffit que l'acte qui constate le gage ait date certaine ; car autrement on prêterait au législateur une exigence dont on ne pourrait rendre compte. Le code civil exige la détermination, dans l'acte

de l'identité de la créance et de l'identité de la chose, afin que les parties ne puissent pas appliquer au gage une créance plus élevée, ou le faire porter sur un objet d'une valeur supérieure.

Enfin l'art. 2076, Code civil, exige la mise en possession du créancier de l'objet engagé ; il faut que celui-ci ait l'objet entre ses mains ou le fasse détenir par un tiers désigné par le contrat.

Ces exigences de la loi étaient si rigoureuses qu'on avait cherché à soustraire le gage commercial à leur application qui était peu d'accord avec la rapidité des affaires commerciales. C'est ainsi que certains auteurs, Troplong, par exemple, avaient refusé d'appliquer l'art. 2074 au gage commercial. Ils s'appuyaient sur l'art. 2084 Cod. civ. qui décide que « les dispositions ci-dessus ne sont applicables, ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gages autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. » Le gage commercial n'était assujéti, suivant eux, à l'art. 2074, que dans le cas de l'art. 95, Code de Commerce (ancienne rédaction) qui renvoyait au Code civil ; dans tous les autres cas le gage pouvait se prouver conformément aux règles contenues dans l'art. 109. c. de commerce. Dans ce système l'art. 2074 n'avait pas dans le droit commercial un horizon plus vaste que celui que lui avait fait l'art. 95. Des cours d'appel admirent cette opinion ; mais la cour de cassation ne crut pas devoir les suivre. L'art. 2084 annonçait, il est vrai, qu'il serait dérogé au Code civil, mais les lois qui devaient y déroger n'avaient pas été faites. Or le droit commercial n'est qu'une exception au Code civil, et c'est à ce dernier qu'il faut revenir toutes les fois que le commerce ne trouve pas dans son code des règles spéciales. Toutefois le Code civil

ne fut pas toujours appliqué dans toute sa rigueur : des mesures législatives successives mais individuelles viennent dispenser des exigences de la loi civile certains établissements qui offrent toute garantie de moralité. C'est ainsi que la Banque de France, le Crédit Foncier, le Comptoir d'escompte, les Magasins Généraux sont affranchis. La loi du 23 mai 1863 fit faire à la législation un pas nouveau ; ces faveurs individuelles sont généralisées et deviennent le droit commun. Cette loi réalisait la promesse d'une législation spéciale au commerce faite par le législateur en 1804 dans l'article 2084. Elle vient faciliter la constitution et l'exécution, la réalisation du gage. Il y avait une erreur économique à astreindre aux preuves et aux observances du droit civil le gage fourni en matière commerciale, car là surtout le temps est de l'argent. Il était contraire à la vie commerciale d'obliger le commerçant, pour les mille sûretés qu'il reçoit, de recourir à des formalités admissibles tout au plus à l'égard d'individus non commerçants qui peuvent à la rigueur avoir assez de loisir pour les accomplir. On occasionnait, en outre, des frais d'enregistrement qui retombaient sur le débiteur, ce qui n'était pas un moyen de favoriser le crédit. On pouvait objecter qu'en matière commerciale il était très-important de connaître la date du gage, par exemple en matière de faillite pour savoir s'il est valablement établi ; la validité peut tenir à un jour, art. 446, Code de commerce. Il suffit de répondre qu'un commerçant sur la point de tomber en faillite peut vendre ses marchandises à vil prix, et que pourtant en matière de vente on admet néanmoins la preuve de droit commun en matière commerciale, celle autorisée par l'art. 109. Aussi la loi de 1863 a admis pour la preuve du gage l'application de l'art. 109, c'est-à-dire l'admission de

tous les moyens de preuve. On n'a donc plus besoin d'écrit, et si, comme cela arrivera souvent en fait, on rédige un écrit, on n'aura plus besoin de le faire enregistrer.

Mais la loi commerciale exige toujours comme la loi civile, pour l'efficacité du gage, la dépossession du débiteur. On a prétendu qu'on ne pouvait affranchir le gage de cette condition. On a fait remarquer qu'en fait de meubles, la possession vaut titre ; que, par suite, le débiteur resté nanti de la possession pourrait vendre l'objet engagé à un tiers de bonne foi qui deviendrait propriétaire, et qu'ainsi la sûreté du créancier serait illusoire. Le droit moderne se montre ainsi plus rigoureux que le droit romain où le gage pouvait être donné en précaire au créancier.

D'autre part on a soutenu que la dépossession du débiteur était utile pour que des tiers ne fussent pas exposés à lui faire crédit en prenant en considération les marchandises qui garnissent ses magasins et qui sont engagées. Pour nous, il nous semble que le gage, matériel au début, doit devenir symbolique dans les législations qui s'inspirent du progrès. Deux inconvénients sont à éviter dans le gage, d'une part la clandestinité qui inspire aux tiers une sécurité trompeuse, et la dépossession positive qui frappe de stérilité les effets engagés. Cette nécessité d'une dépossession rend le contrat impossible à l'agriculture. Les objets que le cultivateur pourrait offrir en gage sont des instruments de travail, ses bestiaux ou les produits de la terre. Mais comment lui serait-il possible de se dessaisir d'objets qui sont indispensables à ses travaux et à son exploitation, et comment le créancier recevrait-il livraison d'objets encombrants dont le déplacement et la conservation emportent des frais considé-

rables ? Aussi un député, M. Eugène Mir a-t-il, dans la séance de la Chambre des Députés du 21 février 1881 (*journ. off.* du 1^{er} mars 1881), déposé une proposition de loi par laquelle il demande que « quand le gage a pour objet des ustensiles aratoires, animaux et autres objets attachés au service d'un fonds rural, même à titre d'immeubles par destination, une récolte pendante, des produits récoltés, des coupes ordinaires de bois taillis, ou de futaies régulièrement aménagées dans l'année qui précède celle de l'abatage, il peut être convenu que les objets resteraient en la garde et possession du débiteur. » La dépossession est remplacée par des garanties nouvelles ; le privilège du créancier gagiste n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour où l'acte de constitution de gage a été transcrit sur un registre spécial au bureau du receveur de l'enregistrement dans la circonscription duquel est situé l'immeuble auquel se rattachent les objets donnés en gage.

Cette idée n'est pas nouvelle. La loi organique des banques coloniales permet d'engager les récoltes des plantations sans dépossession, et elle organise une publicité analogue pour faire connaître aux tiers la constitution du droit de gage. Les art. 8 et 9 de la Loi du 11 juillet 1851, sont en effet ainsi conçus : Art. 8 « Tous actes ayant pour objet de constituer des nantissements par voie d'engagement de cession de récoltes, de transport ou autrement, au profit des banques coloniales, et d'établir leurs droits comme créanciers, seront enregistrés au droit fixe de 2 fr. — Art. 9. Les receveurs de l'enregistrement tiendront registre : 1^o de la transcription des actes de prêt sur cession de récoltes pendantes dans la circonscription de leurs bureaux respectifs. 2^o des déclarations et oppositions auxquelles ces actes pourront donner lieu. » Ces

procédés pourraient être étendus à la France ; car ils ne tiennent pas à la situation des colonies.

Une ordonnance danoise du 28 juillet 1841 décide que le gage reste entre les mains du propriétaire et organise la publicité par la lecture à l'audience (V. art. 514 et 518), (1).

Que nos législateurs choisissent entre la publicité résultant d'une transcription et celle provenant d'une lecture à l'audience, mais qu'ils se hâtent de donner une place à la constitution du nantissement par tradition feinte. Dans le cas où l'on admettrait que le débiteur pourrait rester en possession de l'objet engagé, on devrait, si celui-ci détournait ou dissipait les objets au préjudice du

(1) Le code fédéral Suisse des obligations décrété le 10 juin 1881, après avoir posé en principe qu'en matière de gage une remise est nécessaire, ajoute « il appartient néanmoins à la législation cantonale d'autoriser l'engagement du bétail par le seul effet d'une inscription sur des registres publics.

« La législation italienne a organisé un puissant moyen de crédit pour l'agriculture en créant les « ordres en denrées » (Degli ordini in derrate). Ces titres sont des billets à ordre ou des lettres de change qui, au lieu d'avoir pour objet une prestation pécuniaire, ont pour objet des prestations de denrées agricoles. Voici en quels termes M. Vidari apprécie l'utilité de cette institution :

« Dans les contrées agricoles, ces ordres en denrées peuvent être d'un grand secours. Ils fournissent, en effet, un moyen de transformer, pour ainsi dire, les denrées en espèces, ou en d'autres valeurs : un nouveau titre de crédit est ainsi créé pour faciliter davantage encore les affaires. Ces ordres permettent en quelque sorte d'escompter les espérances des récoltes à venir ; les fruits et les moissons avant qu'ils ne soient accrus, ou arrivés à leur maturité, deviennent susceptibles de procurer crédit et argent pour l'heure présente. Auxiliaires efficaces de l'industrie agricole, et puissants ressorts pour le crédit, les ordres en denrées peuvent devenir des facteurs capables d'activer dans une forte mesure la prospérité et la richesse du pays. » *La lettera di cambio*, n° 623, p. 667.

créancier, le punir comme le locataire, mandataire ou dépositaire infidèle dont parle l'art. 408. c. pén. (1).

Le créancier peut détenir la chose par lui-même ou par un tiers.

En matière commerciale même, le plus souvent le gage est détenu par un tiers pour le compte du créancier gagiste. Cette détention par autrui a été même un moyen puissant d'augmenter l'utilité du gage : c'est ainsi que les Magasins généraux qui font l'objet principal de cette étude, détiennent pour le porteur du Warrant. Le capitaine de navire est aussi un détenteur précaire des objets qui sont sur son navire, pour le compte du porteur du connaissement. Dans les entrepôts de douane, la Douane détient pour le compte du propriétaire ; si celui-ci veut faire une constitution de gage, il fera un transfert sur les registres de la Douane, et désormais cette dernière détiendra pour le compte du créancier gagiste.

Une des causes qui appelait la réforme de 1863, c'était la transformation de la fortune mobilière. Le gage avait presque changé de nature et d'aspect par l'énorme extension des effets de portefeuille négociables par la voie de l'endossement et la création de tant d'actions et d'obligations nominatives ou au porteur. Il fallait d'autres dispositions que celles admises pour le gage corporel et mobilier ou pour le gage des créances sur particuliers. Avant 1863, l'attention des jurisconsultes avait surtout été éveillée, à l'occasion des titres négociables. Les uns appliquaient les formalités imposées par la loi civile (art. 2075, c. civ.) ; les autres écartaient l'application de cet article et recouraient pour la constitution du gage

(1) C'est ce que propose M. Mir dans le projet qu'il a déposé à la Chambre des Députés le 21 février 1881. (Art. 3 du projet).

sur ces titres aux modes de transport pour la propriété elle-même. La loi de 1863 a admis cette opinion. Pour les titres endossables, c'est-à-dire à ordre, le gage est constitué par un simple endossement : c'est l'endossement en garantie. En pareil cas la signification au débiteur est inutile puisqu'il ne peut payer qu'autant qu'on lui représentera le titre. Dans ce cas le créancier gagiste exerce les droits et est tenu des obligations du porteur. — Pour les titres nominatifs actions ou obligations dont la propriété est transférée par une inscription sur les registres de la Société qui les a émis, le transfert pourra désormais n'être qu'un transfert de garantie constatant que le propriétaire du titre l'a remis en gage à un de ses créanciers. Quant aux titres au porteur la loi n'en a pas parlé, mais l'exposé des motifs déclare formellement que l'art. 91 (1^{er} alinéa) est applicable aux titres au porteur, c'est-à-dire que leur dation en gage peut se prouver par tous les moyens comme le gage commercial des choses corporelles. Le gage sera constitué par la simple tradition du titre. On n'a pas besoin de signifier cette constitution de gage au débiteur, c'est-à-dire à la Société, puisque celle-ci ne fait le paiement qu'au porteur du titre.

Restent les créances ordinaires qui ne sont ni au porteur, ni à ordre et qui ne sont pas des titres transférables. Alors même que le gage serait commercial, on doit continuer depuis la loi de 1863 à appliquer les dispositions du code civil (art. 2075). Le créancier devra faire savoir au débiteur qu'il a donné sa créance en gage, et cela par une signification faite par huissier, ou obtenir l'acceptation du débiteur dans un acte authentique. (Art. 2075 et 1690). Cette signification est nécessaire puisqu'il s'agit d'une dette que le débiteur peut

parfaitement payer sans se faire représenter le titre.

On peut concevoir que l'on constitue un gage civil avec des titres au porteur ou à ordre. Dans ce cas il faudra certainement un écrit enregistré; mais on s'est demandé s'il fallait observer l'art. 2075 et signifier au débiteur que le titre était donné en gage. Certains arrêts l'ont soutenu parce que l'art. 2075 ne distingue pas; mais cette signification ne présente aucune utilité.

En ce qui concerne la réalisation du gage, la règle du droit civil se rencontre dans l'art. 2078. La loi civile qui redoute l'usurier qui se fait donner en gage des objets d'une grande valeur entoure la vente du gage de certaines précautions. Elle décide que le créancier qui veut faire vendre l'objet du gage doit obtenir l'autorisation de justice. Cette protection aboutit à des frais qui retombent sur le débiteur et à des lenteurs pour les créanciers. Cette vente doit être faite aux enchères. Avant la loi du 2 Juin 1841 on regardait comme autorisée la clause de voie parée qui permettait au créancier de vendre l'immeuble. Mais cette loi (art. 742, c. proc.) a prohibé cette clause, dans l'intention de sauvegarder ainsi les intérêts du débiteur.

Cette situation ne pouvait durer en matière commerciale. Aussi la loi de 1863 a supprimé dans ce cas la nécessité de l'autorisation de justice. C'est une innovation jusqu'à laquelle la loi belge de 1872 n'a pas osé aller. La loi a pris pourtant certaines précautions dans l'intérêt du débiteur. Après une signification faite au débiteur pour le sommer de payer, le créancier gagiste doit attendre huit jours pendant lesquels le débiteur pourra se procurer la somme nécessaire. Après cette époque le gage peut être vendu. Si le gage porte sur des objets corporels, on le vendra aux enchères par le

ministère des courtiers, à moins que le Président du Tribunal de commerce ne désigne une autre classe d'officiers publics. Si les objets donnés en gage sont des titres de bourse on les fait vendre par un agent de change. Si enfin le gage porte sur une créance ordinaire ou un titre à ordre, le créancier gagiste touchera lui-même le montant de sa créance, sauf à compter avec le débiteur s'il touche plus que ce qui lui revient. Mais il ne peut négocier cette créance sans remplir les formalités prescrites par l'art. 93, C. de commerce.

La loi de 1863 a laissé subsister en matière commerciale la prohibition du pacte comissoire, c'est-à-dire la clause qui autoriserait le créancier gagiste à s'approprier le gage sans les formalités prescrites par la loi. Cette clause ne constitue-t-elle pas une atteinte à la liberté des conventions ? La loi permet à un propriétaire de meubles de les vendre à vil prix, puisqu'elle n'admet pas la rescision pour cause de lésion en matière mobilière. Or, que fait une personne qui donne un meuble en gage avec pacte comissoire, si ce n'est une vente sous condition suspensive à vil prix. Il serait peut-être temps de faire table rase de cette vieille idée, qu'autre chose est la vente actuelle qui porte avec elle sa leçon et sa peine, autre chose un engagement qui aboutira à l'aliénation du bien si le prêt n'est pas remboursé, parce que dans ce dernier cas le débiteur se ferait illusion, et se persuaderait qu'il pourra rembourser à l'échéance. Pourquoi raisonne-t-on toujours dans l'hypothèse de débiteurs imprévoyants et imprudents ?

Ne faudrait-il pas, en outre, faire bénéficier la loi civile des progrès accomplis par la loi commerciale, surtout en ce qui concerne la réalisation du gage ? La disparité de législation motivée sur la ligne de démarcation de la

profession commerciale devient une base de moins en moins rationnelle.

C'est ce qu'a pensé M. Mir dans la proposition de loi dont nous avons déjà parlé. Il demande que le gage agricole soit assimilée au gage commercial; qu'en conséquence la vente puisse en être faite conformément à l'art. 93 du Code de com. huit jours après une mise en demeure.

Nous devons, en terminant ces notions générales sur le gage, indiquer une heureuse innovation de la loi pénale accomplie par la loi du 13 mai 1863 (art. 400 C. pén.) qui punit de peines correctionnelles le détournement du gage par le débiteur, emprunteur ou donneur de gage. Le légistateur doit rappeler les débiteurs au respect de leurs obligations.

CHAPITRE I

Des Magasins Généraux.

Les notions sommaires que nous avons données sur le gage commercial en général, vont nous permettre de mieux comprendre les réformes réalisées en cette matière par les magasins généraux qui constituent un instrument de gage. Après avoir, dans une première partie, présenté quelques notions historiques sur l'origine des magasins et sur les avantages multiples qu'ils présentent, nous étudierons dans une deuxième partie leur organisation et leur perfectionnement, et dans une troisième partie les Warrants et les récépissés.

Nous donnerons comme 1^{er} appendice la théorie de la loi sur la perte des récépissés et warrants et celle des droits de timbre et d'enregistrement, et un 2^e appendice sera relatif à un rapide aperçu de législation comparée.

I — NOTIONS HISTORIQUES SUR LES MAGASINS GÉNÉRAUX

On appelle Magasins généraux de vastes bâtiments destinés à recevoir en dépôt des marchandises de toutes sortes, objets fabriqués ou non fabriqués, mais plus spécialement des matières premières (1). Cette institution tire son origine des docks de l'Angleterre. Le mot dock signifie proprement bassin. En effet les docks de Londres sont de véritables bassins à flots d'une étendue considérable, creusés le long des rives de la Tamise, munis d'écluses, et bordés de larges quais fournis d'appareils puissants, de rails et de wagons pour le déchargement et la circulation des marchandises, et entourés de chaque côté d'immenses constructions pour le magasinage des denrées. Jusqu'aux étages les plus élevés, on trouve dans ces bâtiments tous les instruments nécessaires pour le transport, le pesage et l'arrimage. Chaque dock, bassin comme construction, est entouré d'une enceinte complète et très élevée, et gardée avec soin : on évite ainsi les soustractions de marchandises dont le commerce s'était plaint auparavant. C'est à Liverpool en 1699 que fut construit le premier dock, et l'utilité de cette institution fut si promptement et si incontestablement établie que de nouvelles constructions ne tardèrent pas à s'élever. Actuellement cette ville possède 26 docks sur une superficie de 50 hectares avec des quais d'une étendue d'environ 16 kilomètres. L'impulsion une fois donnée, Londres entra dans la même voie. En 1801, le West India Dock fut créé par une compagnie fondée en 1799. Puis après

(1) On entend par stock la quantité de marchandises de telle espèce qui se trouve en magasin, c'est la provision (sens de ce mot en anglais).

nous voyons s'élever le London-Dock en 1805, le Commercial-Dock, l'East India-Dock et enfin en 1828, le Saint-Catherine-Dock. Aujourd'hui Londres renferme environ 1,200 mille mètres carrés de docks dont la construction a occasionné une dépense de plus de 350 millions de francs. La création des docks n'a d'abord été instituée en Angleterre qu'en vue du développement matériel du commerce; ils ne furent qu'une institution de magasinage public sans aucun caractère d'établissement de crédit.

Ces docks avaient une administration nombreuse, un personnel d'une compétence incontestable qui a pour mission le conditionnement, la conservation, la manutention commerciale, la réexpédition des marchandises, et qui s'occupe aussi des formalités relatives à la douane, entrée, sortie ou transit. Une fois la marchandise entrée dans les docks, le commerçant se trouve déchargé des soins multiples et minutieux nécessités par la possession de la marchandise, soins qui se trouvent concentrés entre les mains de l'administration des magasins généraux. C'est une application ingénieuse du principe de la division du travail.

Cette organisation procurait déjà au commerce d'immenses avantages, mais l'institution dans son développement rendit des services bien plus considérables en s'élevant à la hauteur d'une institution de crédit, je veux parler des prêts sur les marchandises déposées dans les Docks. Les Docks anglais délivrent en effet, au déposant un certificat de dépôt appelé *sale-warrant* (1), auquel est annexée une pièce constatant le poids de la marchandise et appelée *weight-note*. Le commerçant qui a déposé ses marchandises endosse le *weight-note* à l'ordre de celui à

(1) Warrant, veut dire garantie.

qui il a vendu ses marchandises ; le warrant, au contraire, sert à constituer un gage ; le commerçant qui a besoin d'argent et qui ne peut vendre sa marchandise endossera le warrant au profit du banquier qui consent à lui avancer des fonds.

De l'Angleterre, les docks se sont répandus en Hollande et en Allemagne.

II

En France, l'organisation des Magasins Généraux improprement appelés docks à cause de l'origine, a été calquée sur le mécanisme anglais. La première tentative a été faite en 1848. Un décret du gouvernement provisoire du 21 mars 1848 décide (art. 2) que : « ces magasins pourront être établis d'urgence par les commissaires du Gouvernement sur la demande des chambres de commerce ou des conseils municipaux. » Cet essai ne réussit pas très bien. On traversait alors une crise industrielle et commerciale qui se traduisait par l'encombrement des portefeuilles et celui des magasins. Les événements politiques avaient comme suspendu les transactions, la vie commerciale s'était éteinte ; personne n'achetait. D'autre part, les capitaux se cachaient, et le commerçant, avec des marchandises qui remplissaient ses magasins, marchandises représentant un capital engagé considérable, se trouvait sans crédit et voyait apparaître à l'horizon la ruine et comme conséquence le déshonneur. Il fallait chercher à réagir contre cette situation, il fallait tout au moins créer des moyens dilatoires pour attendre la reprise des affaires, il fallait comme on l'a dit avec justesse anticiper sur la consommation par la circulation. Il fallait chercher à rapprocher les capitaux des commerçants,

mettre pour ainsi dire en présence les capitaux et les marchandises et les amener à se prêter un mutuel appui.

L'acte de 1848 donna satisfaction à un besoin urgent et produisit sans doute, au moment de cette crise commerciale d'heureux effets. Il donnait aux banquiers un gage qui écartait pour eux les dangers de l'insolvabilité du débiteur, et aux commerçants il permettait de se procurer des fonds avec lesquels ils pourraient pourvoir aux besoins les plus pressants. Organisés alors uniquement en vue du prêt sur gages, les Magasins Généraux n'étaient que des Monts-de-Piété avec un mécanisme perfectionné et accommodé à l'organisation du commerce. Mais le législateur ne se préoccupait pas encore de la circulation et de la vente des marchandises.

L'arrêté du Ministre des Finances du 26 mai 1848 n'eut d'autre portée que d'assurer l'exécution du décret. Un décret-loi de l'Assemblée nationale, intervenu le 23 août 1848, resta toujours dans le même ordre d'idées en décidant que « toute personne qui... aura prêté ou prêtera sur des marchandises déposées dans les magasins publics, sera valablement saisie du privilège de nantissement par le transfert du récipissé à son ordre et par la mention du dit transfert sur le registre du magasin avec indication de la somme prêtée. » Sous cette législation un certain nombre de Magasins Généraux furent créés; des sociétés se constituèrent pour les exploiter. C'est ainsi qu'un décret du 29 juillet 1852 autorisa la Société des Docks-Entrepôts du Havre, société constituée sous la forme anonyme, et qui était appelée à rendre de grands services par la situation même de son établissement. Mais la reprise des affaires et l'activité des opérations commerciales firent comprendre que les actes législatifs de 1848 étaient insuffisants pour donner pleine satisfaction

aux intérêts commerciaux. C'est pourquoi le pouvoir législatif fit la loi du 28 mai 1858, pour donner pleine satisfaction aux nombreuses réclamations des chambres de commerce. Cette loi atténua les exigences formalistes de la législation antérieure et entra dans une nouvelle voie en s'occupant non seulement du gage, mais encore de la circulation des marchandises. On avait compris pourquoi l'institution ne s'était pas développée dans une mesure assez large. L'exposé des motifs de la loi de 1858 portait en effet :

« D'où vient que le commerce n'adopte pas les warants et les ventes de marchandises en gros, qu'il en use avec une certaine répugnance et comme à son corps défendant? De l'avis des hommes les plus compétents, cela tient aux défiances que ces deux opérations semblent inspirer au législateur qui ne les a pas traitées chez nous, tant s'en faut, avec la même faveur qu'en Angleterre. En ce qui concerne les ventes publiques, les frais et les lenteurs que leur oppose la législation leur enlèvent le caractère commercial. En ce qui touche les warrants, le système formulé en 1848 semble porter de nombreuses traces de la défaveur avec laquelle le contrat de gage est traité par notre droit civil, et qui le suit même dans notre droit commercial. »

Dans l'intérêt du développement même des Magasins Généraux, le législateur, par une seconde loi de la même date (28 mai 1858), s'attachait à débarrasser des entraves inutiles la vente des marchandises en gros. Cette loi fut suivie d'un règlement d'administration publique du 12 mars 1859, qui organisa les réformes établies par la loi. Sous cette législation nouvelle, une vive impulsion fut donnée à l'établissement des Magasins Généraux. Nous voyons la compagnie des docks et entrepôts de Marseille autori-

sée par décret du 23 février 1859. Son objet était l'exécution des traités passés avec la ville de Marseille (14 octobre 1856 et 8-15 juin 1857), et spécialement la construction et l'exploitation du dock-entrepôt de la Joliette, concédé à cette ville par décret du 23 octobre 1856 et rétrocédé par la ville à la Compagnie, suivant le traité du 14 octobre 1856, approuvé par arrêté ministériel du 5 novembre 1856. Citons encore, parmi les sociétés les plus importantes, la Société anonyme Lyonnaise des Magasins Généraux, autorisée par décret du 29 octobre 1859; la Compagnie Lyonnaise des Magasins Généraux et de la gare de Vaise, autorisée par décret du 9 avril 1864; la société Havraise des Magasins publics et des Magasins Généraux, autorisée par décret du 13 novembre 1859; enfin la Société des Entrepôts et Magasins Généraux de Paris, autorisée par décret du 22 août 1860, qui a absorbé la Compagnie de l'Entrepôt général de la Villette.

Enfin nous devons encore enregistrer un dernier document législatif, loi du 31 août 1870, qui a encore apporté quelques améliorations à l'institution.

III — UTILITÉ DES MAGASINS GÉNÉRAUX

Le point de départ des Magasins Généraux se trouve dans les entrepôts; la législation des docks se rattache, à plusieurs points de vue, à celle des entrepôts. Mais remarquons que la législation sur les Magasins Généraux n'a pas abrogé celle qui régit les Entrepôts : les mêmes lois continuent à régir les relations du commerce avec la douane. Les entrepôts réels sont des magasins dans lesquels les négociants déposent les marchandises exotiques ou d'importation qu'ils ont l'intention soit de réexporter,

soit de mettre en transit, soit de ne livrer que plus tard à la consommation. Les déposants n'auront à payer les droits de douane qu'en livrant leurs marchandises à la consommation, c'est-à-dire au moment où elles sont vendues, et où par conséquent le commerçant peut, sans entraver ses opérations, payer ces droits avec le prix de vente des marchandises. Il sera tenu seulement de payer un droit d'entrepôt ou d'emmagasiner à l'établissement. Le déposant, a en outre, le droit de céder sa marchandise déposée; mais il doit alors faire connaître son cessionnaire à la douane. A côté de ces entrepôts réels, la législation reconnaît des entrepôts fictifs qui ont lieu dans les magasins mêmes du propriétaire de la marchandise.

Les Magasins Généraux constituent en quelque sorte une extension du droit d'entrepôt fictif; ce sont des établissements privés auxquels on a concédé tous les droits des entrepôts fictifs. Aussi les décrets qui autorisent l'établissement d'un magasin général portent-ils ordinairement ces termes : « Ledit établissement est autorisé à recevoir en entrepôt fictif des marchandises ou produits nationaux ou nationalisés, soumis à des taxes d'octroi ou à des entrepôts de consommation intérieure. » Ce rapprochement établi, il nous faut maintenant préciser les avantages de ces magasins, ce qui nous donnera déjà un aperçu du mécanisme de cette institution.

On a voulu d'abord éviter aux commerçants les embarras attachés à la réception de leurs marchandises. Les magasins se chargent de toutes les opérations relatives à la réception, à la livraison et à la réexpédition des marchandises; ils se chargent d'aller prendre la marchandise sur les quais et de la transporter jusqu'à l'établissement; ils l'emmagent, la surveillent et règlent avec la douane. Toutes ces opérations sont centralisées par eux.

C'est ainsi que les statuts des magasins généraux de la porte Gerbert, à Reims, portent (art. 3) « à l'arrivée constater l'état apparent des colis, les peser si le pesage est demandé, faire l'échantillonnage s'il est requis, introduire en magasin, arrimer. A la sortie désarrimer, peser s'il y a lieu, et mettre à quai », telles sont les obligations assumées par l'administration de ces établissements. Ils peuvent donc être d'abord pour le commerçant un simple lieu de dépôt, ou moyennant des frais peu élevés d'emmagasinage, il pourra placer le trop plein de ses marchandises. Cela est surtout important de nos jours où les industriels produisent souvent, par avance, de grandes quantités de marchandises qu'ils ne peuvent pas écouler immédiatement.

Il arrive la plupart du temps que la marchandise est vendue plusieurs fois avant de pouvoir arriver au consommateur. Rigoureusement il faudrait exécuter chacune de ces ventes, et pour cela, livrer successivement la marchandise aux différents acheteurs. Cela exigerait des pertes de temps surtout dans le cas où le premier vendeur et chacun des acheteurs habitent dans des lieux différents éloignés les uns des autres. La marchandise arriverait, en outre, aux mains du dernier acheteur, grevée de frais de transport considérables. Enfin, par suite de ces déplacements multiples, la marchandise pourrait se trouver avariée. Grâce aux magasins généraux, chacune de ces ventes peut se faire et être accompagnée de livraison sans qu'il y ait aucun déplacement de la marchandise (1).

Lorsqu'une personne dépose des marchandises dans un magasin général, l'administration lui délivre un cer-

(1) Les magasins généraux rendent des services analogues aux ventes par filière usitées particulièrement à Marseille.

tificat de dépôt qu'on appelle un récépissé constatant qu'il a été déposé dans les magasins généraux une certaine quantité de marchandises. Le récépissé constitue un titre de propriété : l'administration rendra la marchandise à l'ordre du propriétaire déposant, c'est-à-dire que ce certificat est transmissible par endossement. Le magasin sera un détenteur précaire pour le compte de l'inconnu qui viendra, avec le titre régulièrement endossé à son ordre, réclamer la marchandise. Si le propriétaire de la marchandise veut vendre et livrer, il livrera en endossant le récépissé à son acheteur qui, lui-même, pourra endosser le titre à son propre acheteur et ainsi de suite jusqu'à ce que le dernier acheteur voulant livrer la marchandise à la consommation, réclame la tradition aux magasins généraux.

Il peut se faire aussi que les circonstances soient telles, que le commerçant ne puisse ou ne veuille pas vendre sa marchandise actuellement. La saison est trop ou trop peu avancée ; le marché est en ce moment encombré de la même nature de produits ; la demande est empêchée par suite de tel événement politique, il faut attendre que cette crise industrielle ou politique disparaisse ; lorsque les affaires reprendront, la vente sera plus avantageuse. Mais le propriétaire de la marchandise a besoin d'argent ; car il a dépensé dans son produit, outre son temps et sa main-d'œuvre, tout ou partie de son capital. Pour qu'il puisse continuer sans retard son travail et sa production, il faut qu'il trouve un moyen pour rentrer au plus tôt dans son capital pour acheter des matières premières et renouveler et entretenir son outillage. D'autre part, s'il a acheté la marchandise fabriquée, il a pensé qu'il pourrait payer le prix au bout de trois mois, comptant avoir le temps de revendre dans ce délai, et les événements sont

venus tromper son attente légitime. Cet individu cherchera donc à se procurer de l'argent en donnant sa marchandise en gage. Mais comme toute marchandise est soumise à des chances de hausse ou de baisse, peut trouver ou ne pas trouver d'acheteurs, le prêteur, en général un banquier, pour se mettre à l'abri de tout danger, n'avance jamais au plus que les trois quarts de la valeur réelle de la marchandise.

Pour donner un objet en gage en matière civile comme en matière commerciale il faut, ainsi que nous l'avons établi, que la marchandise soit remise au créancier ou à quelqu'un qui détient pour le créancier. Cette marchandise sera, par exemple, des quantités de bois, de fer, de houille; il n'est pas facile d'en transférer la possession au banquier disposé à devenir créancier gagiste; car il n'a pas de magasins pour les recevoir. Il faut donc trouver un tiers qui consente à détenir la marchandise pour le compte du créancier gagiste : le magasin général va jouer ce rôle; il va se charger de la garde de la chose dans l'intérêt des deux parties sans leur faire subir aucune des pertes qui s'attachent à la séquestration individuelle. Voici comment on va procéder. Lorsque Primus va déposer sa marchandise au magasin général, l'administration lui délivre, comme nous l'avons dit, un récépissé à ordre détaché d'un registre à souche. Mais ce récépissé ne constitue que la moitié du titre remis au déposant; au bas du récépissé se trouve, en effet, un warrant à ordre qui constitue un bulletin de gage. Ce warrant reproduit les énonciations du récépissé; seulement le nom diffère. Que va faire Primus de ce titre en partie double ? Le récépissé est un titre pour la vente tandis que le warrant est un titre par le mécanisme duquel il pourra donner ses marchandises en

gage (1). Le déposant qui veut emprunter va trouver un banquier et lui demande la livraison de fonds en lui offrant de lui donner en gage sa marchandise déposée dans les Magasins Généraux. Il y a certaines marchandises que le banquier peut se refuser à accepter en gage de ses avances parce qu'elles ne sont pas marchandes, courantes, d'un écoulement assuré ou d'une conservation facile. Pour les autres marchandises le prêteur en connaîtra la valeur approximative par les énonciations contenues dans le titre délivré par l'administration du Magasin Général qui doit contenir, d'après l'art. de la loi du 20 mai 1858, « la nature de la marchandise déposée et les indications propres à en établir l'identité et à en déterminer la valeur. » La loi n'exige ni une estimation préalable par experts, ni une mention d'une valeur déclarée par le déposant. Au contraire l'arrêté du 26 mars 1848, (art. 4) exigeait qu'une expertise déterminât au cours du jour du dépôt la valeur des marchandises ; le procès-verbal d'estimation restait annexé au bordereau de dépôt et la valeur constatée était inscrite sur les registres du magasin. Cette formalité avait pour conséquence d'entraîner des pertes de temps et des frais ; en outre, elle ne servait à rien, puisque la valeur des marchandises peut varier chaque jour. Aussi le commerce demandait-il la suppression de cette expertise.

La loi de 1858 a donné satisfaction à ces réclamations.

(1) En 1848, il n'était délivré que des récépissés à ordre qui transféraient la propriété des objets déposés. En outre, celui qui voulait prêter sur des marchandises déposées était valablement saisi du privilège du nantissement par le transfert du récépissé à son ordre avec la mention du dit transfert sur les registres du magasin, mention qui devait contenir l'indication de la somme prêtée.

Rien n'empêche du reste le déposant de faire faire une expertise ; estimation faite alors par les courtiers du commerce inscrits, mais c'est là une mesure facultative (art. 14, déc. du 12 mars 1859). Une fois que le banquier se sera décidé à prêter une certaine somme sur ces marchandises, Primus séparera les deux parties du titre ; il gardera le récépissé, titre de propriété, et donnera le warrant au banquier en le lui endossant, c'est-à-dire qu'il écrira sur le dos du warrant la mention suivante : « Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de M. . . . banquier, demeurant à pour garantie de la somme de . . . (capital et intérêts), payable le (date de l'exigibilité du warrant.) Lyon le signature de Primus. » Ce warrant ainsi endossé est un titre à deux fins. Il a au fond la valeur d'un billet à ordre souscrit par Primus, il est, en outre, un titre de gage, un billet à ordre gagé, c'est-à-dire garanti par un gage (1).

Le banquier pourra faire circuler ce warrant, l'endosser comme tous les effets de commerce et par ce simple endossement, le nantissement circulera en toutes mains sans que l'objet se déplace. Par cette absence de déplacement, il obtiendra le crédit nécessaire sans amoindrir la confiance des tiers en sa solvabilité, comme autrefois par la translation ostensible de l'objet engagé. D'autre part, il pourra obtenir du crédit, quand même la marchandise ne serait pas encore prête en raison du délai pour certaines formalités ou de la nécessité de manutentions complémentaires. Ainsi la création de ces établissements favorise le crédit en empêchant que le commerçant avec les richesses qu'il possède ne puisse

(1) Ce que le propriétaire des marchandises peut faire avec le warrant, le propriétaire d'un immeuble le peut dans le système des cédulas hypothécaires.

pourtant attirer à lui les capitaux. Ce crédit, il l'obtiendra désormais en hypothéquant sa marchandise.

Nous ne pouvons mieux montrer toute l'importance économique des Magasins Généraux qu'en citant un passage de M. Rivet (des Rapports du droit et de la législation avec l'économie politique, pag. 468 et suiv). « Le gage ainsi élevé à une détention idéale et immatérielle supprime les non-valeurs antérieures d'usage et d'utilité ; il n'exclut point la destination commerciale de la chose qui, recevant dans l'intervalle les façons et les préparations nécessaires, s'achemine vers la vente aussitôt que l'occasion et le marché deviennent avantageux... Le commerce n'apparaît-il pas comme spiritualisé à travers cet ensemble de procédés à grande envergure ? Tout négociant possède dès lors les moyens de remuer des affaires pour un chiffre énorme, sans magasins, ni comptoirs, ni chef de bureau, ni caissier, ni commis. Les denrées qu'il reçoit peuvent être représentées par des récépissés ou bulletins du magasin général. Quand il veut les vendre, il suffit d'une remise de l'échantillon ou d'une visite au lieu de dépôt où la marchandise est gardée, soignée, manutentionnée, et d'une cession du récépissé. S'il a l'intention d'acheter d'autres denrées, il ne lui faut, pour en payer le prix, qu'émettre un chèque sur le banquier ou sont déposés ses fonds et qui fait pour lui tous ses paiements, sans avoir besoin non plus de ce côté de caisse, ni d'employé. Tout tient donc dans une liasse de papiers : le négociant se mouvant dans une sphère désobstruée de toute opération matérielle, peut dire, avec un philosophe de l'antiquité, qu'il porte tout avec lui, mais son portefeuille contient souvent des millions ! »

CHAPITRE II

De l'organisation et du fonctionnement des Magasins Généraux.

I — OUVERTURE DES MAGASINS GÉNÉRAUX

En Angleterre on laisse à toute personne la liberté d'ouvrir des Magasins Généraux, sans faire intervenir la nécessité d'une autorisation. En France il n'en est pas de même : la tutelle administrative se fait sentir. D'après les actes législatifs de 1848 et de 1858 les Magasins Généraux ne peuvent s'ouvrir qu'après certaines autorisations nécessaires. Cette autorisation n'a pas du reste pour effet de créer un monopole au profit de tel ou tel magasin : l'administration peut autoriser plusieurs Magasins Généraux dans la même localité, si les intérêts de cette dernière le réclament. Le décret du 21 mars 1848 décide qu'ils peuvent être établis d'urgence par les Commissaires du Gouvernement, sur la demande des Chambres de Commerce ou des Conseils municipaux. Le même décret (art. 3) les place sous la surveillance de

l'Etat et l'art. 1^{er} de l'arrêté du Ministre des Finances du 26 mai 1848 les place sous la surveillance d'un délégué du Ministre des Finances.

La loi du 28 mai 1858 décide qu'ils sont ouverts, les Chambres de commerce et les chambres consultatives des Arts et Manufactures entendues, avec l'autorisation du Gouvernement et placés sous sa surveillance (Art. 1^{er}). Le décret du 12 mars 1859 indique la procédure à suivre : La demande d'autorisation est adressée au Ministre du Commerce par l'intermédiaire du Préfet, avec l'avis de ce fonctionnaire et celui des Chambres de Commerce ou des Chambres consultatives des Arts et Manufactures. Le décret d'autorisation est rendu sur l'avis de la section des travaux publics, de l'agriculture et du commerce, du Conseil d'Etat. Enfin la loi du 31 août 1870 est venue simplifier ces formalités, tout en maintenant la nécessité de l'autorisation. Au lieu d'un décret, cette loi accomplissant une œuvre de décentralisation, se contente d'un arrêté du préfet qui doit prendre l'avis de la Chambre de Commerce, à son défaut de la chambre consultative, et à défaut de l'une et de l'autre du Tribunal de Commerce (1). On a voulu, en 1870, faciliter et provoquer en quelque

(1) On peut se demander s'il y a recours possible contre un arrêté préfectoral refusant l'autorisation sollicitée. Les principes généraux répondent à cette question : En matière de permission, d'autorisation ou de concession, on ne sollicite qu'un avantage une faveur et l'administration en accordant ou refusant, n'est exposée qu'à froisser des convenances et des intérêts. Les plaintes suscitées par ce froissement d'intérêt ne peuvent donner lieu qu'à un recours par la voie gracieuse. Il faut donner la même solution en cas de retrait de l'autorisation. Cependant si la révocation de l'autorisation n'avait pas lieu dans les formes prescrites par l'art. 11 du titre 1^{er} du décret du 12 mars 1859, un recours par la voie contentieuse pour excès de pouvoir serait possible contre l'arrêté préfectoral révoquant l'autorisation.

sorte la création et la multiplication de ces établissements. On avait proposé à la commission du corps législatif la suppression de toute autorisation, le législateur ne crut pas devoir aller jusque-là. Il demeura fidèle à la pensée exprimée dans l'exposé des motifs de la loi de 1858 : « En Angleterre, le système n'est pas sans inconvénients et sans abus, qui tiennent à ce que dans la législation actuelle tout individu peut ouvrir des Magasins publics librement, sans autorisation, et sans contrôle du Gouvernement, avec droit de délivrer des warrants. » Mais, en supposant établie l'utilité de cette autorisation, comment peut-on la légitimer ? Avant la loi du 24 mai 1863 cette obligation pouvait être considérée comme une compensation aux faveurs qui étaient accordées à ces magasins au point de vue de la constitution du gage : On pouvait, sans enregistrement, constituer un gage à l'aide de ces établissements. Mais cette faveur est devenue le droit commun en matière commerciale ; les Magasins Généraux vivent désormais de la vie commune. On peut dire, aujourd'hui encore, pour légitimer cette nécessité d'une autorisation, qu'elle doit intervenir à l'égard d'établissements qui font appel à la confiance du public, qui possèdent des marchandises pour des sommes considérables.

Or, en Angleterre, « le peu de surface de quelques magasinsiers, » avait occasionné des délits contre lesquels la justice a été obligée de sévir. Aussi on a compris en France qu'il pourrait y avoir des inconvénients à permettre à toute personne d'ouvrir des Magasins Généraux. De là nécessité de l'autorisation. L'administration peut ainsi examiner le degré de confiance commerciale que présentent ceux qui veulent se livrer à ce genre d'industrie, et en empêchant la multiplicité des magasins permettre à ceux existants de faire honorablement leurs affaires.

« Les magasins autorisés et placés sous la surveillance du Gouvernement peuvent seuls, en France, délivrer des récépissés transmissibles par voie d'endossement. » Les entrepôts non autorisés ne peuvent pratiquer que l'emmagasinage ordinaire.

L'acheteur sous ce régime ne peut pas devenir propriétaire par la voie de l'endossement.

Il doit ou retirer la marchandise à l'aide du bon d'enlèvement délivré par le déposant, ou bien il peut la laisser dans les magasins, mais alors un règlement intervient qui liquide l'ancienne opération et ouvre le compte d'une opération nouvelle. Outre cette différence qui sépare le magasin général du magasin particulier, on peut encore citer les suivantes. Celui-là est obligé d'ouvrir ses entrepôts à tous ceux qui en font la demande et d'appliquer à tous un tarif uniforme, celui-ci ne reçoit que les marchandises à sa convenance et débat librement la rémunération du dépôt ; celui-là délivre sous le nom de warrant un titre facilement négociable puisque les établissements publics de crédit peuvent le recevoir avec dispense d'une des signatures exigées par leur statut. Celui-ci ne peut pas, comme nous l'avons vu, délivrer des warrants. Sans doute il peut faire des avances sur marchandises, mais alors, il est d'usage dans le commerce qu'il fasse souscrire à son profit des billets à ordre pour le montant des avances ; en négociant ces billets, il rentre dans les fonds qu'il a prêtés : mais si, avant l'échéance, le déposant retire les marchandises, en remboursant le magasinier, il reste malgré ce paiement débiteur en vertu du billet, et peut être obligé, en cas de faillite de l'entrepoteur, de payer une deuxième fois : au contraire, le paiement du montant des warrants fait au magasin général libère l'emprunteur, et le porteur du warrant ne peut exercer un recours

que contre le magasin général. Aussi on comprend que pour rendre efficace cette responsabilité du magasin général, la loi exige que celui-ci ait un cautionnement, tandis que cette obligation ne pèse pas sur l'entrepositaire ordinaire.

Enfin c'est encore pour mieux garantir le remboursement des sommes versées aux Magasins Généraux et la représentation des marchandises déposées que la loi interdit à ces établissements de faire le commerce personnellement, le magasin particulier peut au contraire pour son compte ou le compte d'autrui se livrer à un commerce ou à des spéculations ayant pour objet des marchandises.

L'autorisation n'est pas personnelle à celui qui l'a obtenue. Celui-ci peut céder son établissement sans que le cessionnaire ait besoin d'une nouvelle autorisation. Cette modification dans la personne de l'exploitant n'empêche pas l'Etat de rester suffisamment armé. L'art. II du décret du 12 mars 1859, porte, en effet : « En cas de contravention ou d'abus commis par les exploitants, de nature à porter un grave préjudice à l'intérêt du commerce, l'autorisation peut être révoquée par un acte rendu dans la même forme que cette autorisation et les parties entendues. »

Cette solution était nécessaire car une loi ne peut exister sans sanction, et la surveillance de l'Etat serait inefficace s'il n'avait pas un moyen énergique de se faire obéir.

La loi exige, outre la nécessité de l'autorisation, une nouvelle garantie qui consiste dans un cautionnement. Avant 1870, ce cautionnement était toujours facultatif. L'art. 2 du décret réglementaire qui le premier s'est occupé de cautionnement portait, en effet : « Les

exploitants de Magasins Généraux ou de salles de ventes publiques peuvent être soumis, pour la garantie de leur gestion, à un cautionnement dont le montant est fixé par l'acte d'autorisation et proportionné autant que possible à la responsabilité qu'ils encourent. » Cette liberté laissée à l'administration a disparu dans la loi de 1870. Ce cautionnement variant de 20,000 à 100,000 fr. est désormais toujours exigé par le Préfet. C'est une conséquence de ce que la loi a étendu le domaine des opérations des Magasins Généraux. Ce cautionnement pourra être fourni en totalité ou en partie, en argent, en rentes, en obligations cotées à la Bourse ou par une première hypothèque sur des immeubles d'une valeur double de la somme garantie. Cette valeur sera estimée par le Directeur de l'Enregistrement et des Domaines sur les bases établies pour la perception du droit de mutation en cas de décès. Pour la conservation de cette garantie une inscription sera prise dans l'intérêt des tiers à la diligence et au nom du directeur de l'enregistrement et des domaines (art. 2, L. de 1870.)

Ce cautionnement est particulièrement utile pour rendre efficace la responsabilité de ces magasins soit quant aux marchandises, soit quant aux sommes dont ils reçoivent parfois la consignation, en cas de désastre financier.

La loi détermine elle-même en quoi doit consister ce cautionnement. Mais comme ses termes ne sont pas impératifs : « pourra être fourni » et semblent laisser au Préfet une certaine liberté d'appréciation, on pourrait autoriser le concessionnaire à remplacer le cautionnement par la caution d'une ou plusieurs personnes solvables. Tout ce que la loi doit exiger c'est une garantie efficace.

L'administration du Magasin Général doit se pourvoir

de tous les livres ordinaires du commerce pour tenir écriture de toutes les opérations relatives à l'exploitation du Dock. Elle doit se pourvoir obligatoirement d'un livre journal, d'un livre des inventaires, d'un livre de copies de lettres paraphés et visés une fois par année. Elle doit avoir, en outre, un registre à souche d'où elle extrait les récépissés et les warrants délivrés aux déposants et un livre à souche destiné à constater les consignations faites dans le cas où le porteur du récépissé voulant payer avant l'échéance la créance garantie par le warrant ne connaît pas le porteur ou n'est pas d'accord avec lui sur les conditions de remboursement ou dans le cas où le porteur du récépissé ne se présentant pas lors de la vente forcée de la marchandise, il y a un excédant après paiement de la créance constatée dans le warrant (principal) intérêts et frais. Ces différents livres doivent être paraphés par première et dernière page.

II — OPÉRATIONS AUXQUELLES PEUT SE LIVRER UN MAGASIN GÉNÉRAL

L'entrepôt commercial est un établissement d'utilité publique qui doit être ouvert indistinctement à tous ceux qui veulent y déposer des marchandises. C'est ce que décide l'art. 1^{er} de la loi 1858 « les Magasins Généraux établis en vertu du décret du 21 ars 1848 et ceux qui seront créés à l'avenir, recevront les matières premières, les marchandises et les objets fabriqués que les négociants et industriels voudront y déposer. » Le décret du 12 mars 1859 est encore plus catégorique dans son article 6 « les exploitants des Magasins Généraux sont tenus de les mettre, sans préférence, ni faveur, à la disposition de toute personne qui veut opérer le magasinage de ses marchandises dans

les termes de la loi du 28 mai 1858. » Toutefois la Société peut se refuser à recevoir les catégories de marchandises pour lesquelles elles n'aurait pas d'aménagements intérieurs ou d'espace suffisant, ou qui n'existeraient pas dans la classification de ses tarifs. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de Commerce de Marseille, le 18 août 1873, sur le refus de la Compagnie des Docks et Entrepôts de Marseille de recevoir 1180 sacs de blés offerts par un commerçant. Les compagnies des Magasins Généraux font des appels au public; en déterminant le prix du dépôt, elles s'obligent envers lui à recevoir les marchandises qui leur sont offertes dans les conditions des tarifs tant qu'il leur restera de la place libre dans les magasins. « Ainsices sortes d'entreprises, par la nature de leur institution, par les annonces et les tarifs qu'elles publient, engagent leurs établissements et leurs services à ceux qui les requièrent et excluent toute préférence personnelle. »

Le pourvoi formé contre l'arrêt confirmatif de cette décision a été rejeté. La Cour de Cassation fait remarquer « qu'il est de l'essence des Magasins Généraux de recevoir sans tour de faveur, ni refus arbitraire, les marchandises qui leur sont présentées. (Voir. Cass. 20 mai 1876, Sirey 1877, 1, p. 465) (1).

(1) C'est ce qu'admet le règlement des Magasins Généraux de la porte Gerbert, à Reims, art. 1. « L'administration des Magasins Généraux reçoit sans préférence ni faveur, tant que l'emplacement le permet, toutes les marchandises admissibles en entrepôt... » Mais l'art. 2 décide que « l'administration n'est pas tenue d'accepter en dépôt : les matières inflammables ou explosibles, les huiles de houille, de pétrole, de schiste, ou autres similaires, etc..., et enfin celles qui, au jugement du Directeur, seraient reconnues hasardeuses, dangereuses ou d'un voisinage nuisible. » Cette exclusion de certaines marchandises est aussi appliquée par le règlement général de l'entrepôt public des Magasins Généraux d'Anvers. (Voir Art. 13).

Pour remplir sa mission le Magasin Général doit se donner des statuts et établir des tarifs.

L'art. 9 du décret du 12 mars 1859 décide, en effet, que chaque établissement doit avoir un règlement particulier qui doit être communiqué à l'avance aux autorités chargées de l'autorisation. Il en sera de même pour tous les changements qui pourraient y être apportés. Le règlement ainsi que les tarifs doivent demeurer affichés à la principale porte et dans l'endroit le plus apparent de chaque établissement. Chaque règlement contient des dispositions générales, des dispositions spéciales relatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, aux récépissés et warants, à leur transfert, au magasinage, aux assurances contre l'incendie, aux manutentions extraordinaires, aux ventes publiques. (Voir un modèle de règlement pour les Magasins Généraux dans le Manuel des Docks de M. Sauzeau (p. 76 et suiv).

La loi autorise les Magasins Généraux à établir des tarifs fixant la rétribution due pour le magasinage, la manutention, location de salle, vente. Les taxes établies par ces établissements sont minimales en comparaison des services importants rendus au commerce. Ces tarifs doivent être avant l'autorisation transmis au préfet et aux corps entendus sur la demande d'autorisation. Mais quelle sera la mission du préfet et des chambres consultées ; sont-ils appelés à donner ou à refuser leur autorisation ? Ou au contraire toute appréciation sanctionnée leur est-elle interdite ? Une circulaire du Ministre du Commerce du 12 avril 1859 donne la solution : « Ces actes (le tarif et le règlement) ne sont pas soumis à l'approbation de l'autorité. On a craint de donner lieu à une intervention trop directe de l'administration dans la gestion d'un nombre plus ou moins considérable d'entreprises privées

et, pour certains cas, de rencontrer de trop grandes difficultés d'appréciation. On a espéré que la possibilité de la concurrence et l'intérêt bien entendu des exploitants préviendraient des conditions trop onéreuses au public. »

Cette communication, bien qu'elle ne constitue qu'une simple formalité, pourra pourtant être utile aux Magasins Généraux. Eclairée par les observations purement gratuites des Chambres de Commerce composées de commerçants et d'industriels versés dans la pratique des affaires, la Société du Magasin Général pourra tenir compte de ces observations qui lui révéleraient un danger dans l'exagération de certaines taxes,

Les tarifs font naître une question pleine d'intérêt : la compagnie est-elle liée par ses tarifs dont elle a donné connaissance aux tiers par la publicité ? Nous avons vu que l'Administration ne peut pas refuser les marchandises qui lui sont présentées par des commerçants si ceux-ci consentent à se soumettre aux tarifs. D'autre part le tarif doit être le même pour tous les déposants. L'égalité entre les commerçants est la conséquence du caractère des Magasins Généraux. Il y a dans notre matière des règles offrant beaucoup d'analogie avec celles qui s'appliquent aux compagnies de chemin de fer (MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, p. 398).

Le commerce vit de prévoyance ; avant d'entreprendre une opération, le commerçant établit les charges qui grèveront son entreprise ; il fait la balance des bénéfices et des charges. Il ne faut pas que ses calculs se voient déçus par le fait des Magasins Généraux. Aussi le décret du 12 mars 1859 décide que si les changements au tarif ont pour objet leur relèvement ils ne deviennent exécutoires que trois mois après avoir été annoncés et communiqués.

Les Magasins Généraux ont des emplacements disposés pour opérer des ventes publiques, il est dû rétribution au Magasin Général pour la location de cet emplacement. Mais cette vente ne s'applique qu'à certaines marchandises comprises dans des tableaux limitatifs. La vente publique des marchandises manufacturées, des produits fabriqués, est toujours interdite. L'art. 1^{er} de la loi du 25 juin 1841 toujours en vigueur porte : « sont interdites les ventes en détail de marchandises neuves à cri public, soit au rabais, soit à prix fixe. » Cette situation est nuisible au développement des Magasins Généraux. En effet, bien que la loi de 1858 relative à ces établissements, comprenne les objets fabriqués parmi ceux que les docks doivent recevoir, en fait les produits fabriqués y sont peu présentés et même y sont difficilement reçus. Ils ne sont pas présentés par les commerçants ou fabricants, par la raison que les docks ne peuvent servir relativement à ces marchandises que pour le crédit et le prêt sur gage et nullement pour la vente. C'est alors pour eux comme une variété du Mont-de-Piété. Il faudrait autoriser la vente des produits fabriqués. Alors les commerçants ne craindraient plus de transporter ces produits de leurs magasins encombrés dans les docks pour en faciliter la vente. On écarterait par là la perspective de la vente judiciaire de ces produits, ventes qui sont mal vues des capitalistes et du public en général.

Le 1^{er} paragraphe de l'art. 4 du décret du 12 mars 1859 portait : « Il est interdit aux exploitants de Magasins Généraux et de salles de vente de se livrer directement ou indirectement pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui à aucun commerce ou spéculation ayant pour objet des marchandises. »

Le but du législateur était d'empêcher les Magasins Généraux de prêter sur marchandises. Cette prohibition pouvait difficilement se concevoir ; la nécessité d'une autorisation pour la création de ces établissements, ne devait-elle pas faire supposer que ce magasin était à même d'offrir au public toutes les garanties nécessaires. Aussi, dès la loi de 1858, on avait demandé cette extension des fonctions des Magasins Généraux. On faisait remarquer qu'il ne suffit pas de les renfermer dans le rôle d'un simple entrepôt n'ayant pour mission que de veiller à la conservation de la marchandise et de délivrer le warrant et le récépissé. Ces deux titres, en effet, sont destinés à avoir une vie propre et indépendante, une existence isolée puisqu'ils répondent à des besoins différents. Mais à un moment donné, ils doivent se retrouver en présence pour régler la situation. Souvent le propriétaire de la marchandise, porteur du récépissé, voudra prendre livraison avant l'époque assignée à l'échéance du warrant, et souvent aussi cette échéance arrivera avant que la marchandise ait mis les fonds à la disposition du souscripteur, à qui appartiendra-t-il d'aplanir ces difficultés si ce n'est au Magasin Général, le seul qui puisse favoriser les remboursements anticipés, les renouvellements, les prorogations, les règlements d'intérêts ? Pour remplir cette fonction d'intermédiaire empêchant les conflits entre intérêts rivaux, il faut que le magasin général puisse disposer de capitaux suffisants, qu'il puisse ouvrir au commerce des comptes-courants garantis par un dépôt de warrants. C'est lui qui est le mieux en situation de tout concilier ; car il a sous la main la marchandise qui sert d'aliment à la vente et au prêt, et il sert, d'autre part, de point de contact nécessaire aux divers intéressés qui ont des droits à exercer sur la marchandise déposée.

Ces considérations furent impuissantes en 1858 pour faire admettre l'extension du cercle des attributions des Magasins Généraux. Mais en 1870 (loi du 31 août) le législateur mieux inspiré permet au Magasin Général d'être lui-même prêteur, de sorte qu'il détient son gage, ou de négocier les warrants qui représentent la marchandise. Cette innovation a modifié le caractère des Magasins Généraux et en a fait de véritables établissements de crédit, appelés à rendre les mêmes services que les banques prêtant sur warrants. Il est intéressant de rappeler que les Chambres de commerce consultées se montrèrent défavorables à cette extension d'attributions. On faisait remarquer que les Magasins Généraux qui voudront profiter de la loi de 1870, devront doubler, tripler leur capital; qu'en outre les magasins subiront désormais le contre-coup des crises commerciales et industrielles. Le commerce redoutait enfin que les Magasins Généraux n'abusassent de leur situation vis à vis du consignataire pour obtenir la préférence sur d'autres prêteurs. Croit-on que d'autres établissements de crédit voudront escompter un warrant à un taux plus élevé que le Magasin Général qui a sous les yeux les marchandises, qui connaît exactement les frais qu'elles ont occasionnés, leur valeur marchande eu égard à l'état de la place? Ces critiques n'arrêtèrent pas et ne devaient pas arrêter le législateur. La liberté dans l'ordre économique est seule capable d'aplanir les difficultés. Cette liberté commence toujours par effrayer les intérêts; mais bientôt les faits se chargent de démontrer son utilité. La moindre entrave à la liberté des transactions est une atteinte grave à la liberté du travail. Les bienfaits de la concurrence se font toujours sentir. Pourquoi redoute-t-on que les exploitants abusent de leur situation pour exiger un taux d'escompte

supérieur à ce que réclamerait une légitime rémunération ? Est-ce que les Magasins Généraux n'ont pas déjà réclamé un salaire des plus modiques pour les services qu'ils rendaient auparavant au commerce ? La loi, en permettant aux Magasins Généraux de prêter sur gage, a augmenté le nombre des capitaux offerts aux marchandises consignées. Ces marchandises ayant, lorsqu'elles peuvent être vendues aux enchères, un cours connu, les banquiers pourront parfaitement se rendre compte si les exigences des Magasins Généraux sont légitimes et dans le cas contraire prêter au commerce à un taux moins élevé. Sans doute, pour faire des prêts, il faudra à ces magasins un capital plus considérable ; mais ce sera à eux de voir s'ils doivent accomplir cette transformation ; car si depuis 1870 ils peuvent prêter sur gage, ils n'y sont pas obligés.

Appliquons donc ici le laissez-faire, laissez-passer.

Du reste, soit qu'il émette ses propres engagements, pour employer le produit en avances au commerce, soit qu'il procède par voie de réescompte des warrants souscrits par ses emprunteurs, le Magasin Général ne sera jamais qu'un intermédiaire entre la marchandise et le capital, ajoutant sa garantie personnelle à la garantie réelle du gage.

III — RESPONSABILITÉ DES MAGASINS GÉNÉRAUX

L'art. 3 du décret réglementaire de 1859 porte que : « les propriétaires ou exploitants sont responsables de la garde et de la conservation des marchandises qui lui sont confiées, sauf les avaries et les déchets naturels provenant de la nature et du conditionnement des marchandises, ou

du cas de force majeure. » Il s'agit de préciser les conséquences de cette responsabilité.

Il y a souvent des fraudes commises en matière de warrants. En déposant sa marchandise dans des Magasins Généraux, le propriétaire la présente comme ayant telle qualité. Le commerçant emprunte une somme de son banquier et lui livre le warrant comme garantie. La réalité n'est pas conforme à la déclaration : le Magasin Général sera-t-il responsable de la déclaration du déposant ? Le Magasin Général de la porte Gerbert à Reims a inscrit dans son règlement que « les marchandises présentées en dépôt seront l'objet d'un examen attentif de leur extérieur ; celles paraissant mal conditionnées ou avariées pourront être refusées, à moins d'une constatation de leur état, signée par le déposant pour servir de décharge à la responsabilité de l'administration. » Mais l'art. 34 ajoute que « l'administration ne peut être responsable, ni de la nature, ni de la qualité, ni de la quantité, ni de l'état de la marchandise que les colis ont été déclarés contenir. » Cette absence de responsabilité est admise par la Cour de Cassation qui décide que le Magasin général ne serait responsable que s'il y avait faute lourde de sa part, ou s'il était *consciens fraudis*, si par exemple il n'y avait qu'à regarder pour voir que la déclaration était fausse. Dans tous les autres cas, il n'y a que l'obligation d'un dépositaire. Les Magasins Généraux sont en effet des gardiens de la chose d'autrui, soumis comme tels aux obligations des dépositaires. Toutefois, comme ils rendent un service salarié et non gratuit, leur responsabilité devra être plus étendue que celle d'un dépositaire ordinaire, conformément à la disposition de l'art. 1928 2°. Code civil. La loi de 1858, elle-même, les qualifie de simples dépositaires. Le Magasin Général, qui délivre un récépissé, ressemble à un capitaine de navire

qui délivre un connaissement : le capitaine ne vérifie pas; il s'en rapporte à celui qui lui livre la marchandise.

L'administrateur du Magasin Général n'est pas obligé d'ouvrir les fûts et ballots pour vérifier la qualité des marchandises déposées. Non-seulement il n'en a pas l'obligation mais il n'en a pas le droit, car l'art. 1931, C. c. porte que le dépositaire ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé où sous une enveloppe cachetée. Par conséquent le Magasin Général est bien responsable en principe des inexactitudes relatives au poids, à la quantité, à la nature, mais non à la qualité intrinsèque des marchandises; il n'est pas même responsable des énonciations inexactes relatives à la quantité et à la nature pour des marchandises renfermées dans des caisses (Ch. requ. 21 juillet 1869. D. 1870, 1. 86) (1).

Une deuxième cause qui peut engager la responsabilité du Magasin Général prend naissance à l'occasion de l'absence de surveillance des marchandises consignées : L'administration des Magasins Généraux répond dans les termes des articles 1927 et 1928 du Code civil des pertes ou détériorations des marchandises avariées par sa faute.

Ce sera, conformément au droit commun, (art. 1302, C. c.) à l'exploitant à prouver le cas fortuit qu'il allègue pour se décharger de toute responsabilité. Le principe est certain, mais des difficultés peuvent s'élever en pratique sur l'étendue des obligations des concessionnaires relativement à leur surveillance et sur la fixation de l'indemnité.

L'art. 3 du décret de 1859 décide qu'ils ne sont pas

(1) Le Magasin Général des soieries à Lyon donne sa garantie pour la valeur de la marchandise, mais il reçoit une commission pour cela.

responsables des avaries provenant du conditionnement de la marchandise (1).

Si le Magasin général reçoit les marchandises par l'intermédiaire d'un voiturier, il doit à l'arrivée en faire constater l'état dans les formes voulues, si elles ont souffert des avaries ou des détériorations dont le voiturier doit être responsable. Dans le cas où cette obligation ne serait pas remplie, le Magasin sera responsable de l'état des marchandises.

Quant à la question des dommages-intérêts, si nous supposons que les marchandises déposées ont été volées par suite de la négligence de l'administration du Magasin Général, on peut hésiter, relativement à l'époque où il faut se placer pour faire leur estimation, entre trois dates, celles du dépôt, du vol, et de la demande en restitution. C'est à cette dernière époque qu'il faut, suivant nous se placer; c'est à ce moment, en effet, que le négociant semble vouloir utiliser sa marchandise; le préjudice est donc égal à leur valeur à ce moment. D'autre part, c'est seulement cette demande qui constate l'obligation de l'administration des Magasins Généraux. Nous devrions toutefois écarter cette solution lorsque, au moment du dépôt, les marchandises ont été estimées. Cette estimation a sans doute eu pour but de fixer l'obligation du Magasin Général pour le cas où il se verrait dans l'impossibilité d'accomplir ses obligations de dépositaire.

(1) Les art. 7 et 8 du règlement des Magasins généraux de la porte Gerbert à Reims portent en substance que : le seul fait du dépôt confère à l'administration plein pouvoir de faire reconditionner toute marchandise qui, pendant la durée de son séjour, menacerait de s'altérer ou dont les enveloppes et contenants s'avarieraient. Mais ce droit, que l'administration se réserve, ne met à sa charge aucune obligation et ne peut donner lieu contre elle à aucune responsabilité si elle n'a pas jugé devoir intervenir.

Si la personne lésée par le vol des marchandises est non pas le déposant, mais le porteur du warrant, par suite de l'insolvabilité du déposant, l'administration doit rembourser le montant de la créance constatée par le warrant, alors même que les marchandises volées ne représenteraient plus qu'une valeur inférieure au chiffre de la créance.

Une autre solution pourrait donner lieu à des fraudes de la part des Magasins Généraux. Il faut remarquer, en outre, que le porteur du warrant aurait pu s'entendre avec le souscripteur et les endosseurs du titre pour reporter la vente à une époque ultérieure, c'est-à-dire, à un moment où la marchandise aurait recouvré son cours normal.

Le concessionnaire du Magasin Général, tenu de conserver les marchandises pour le compte du porteur du warrant ou du récépissé, ne doit s'en dessaisir ou les laisser vendre avant l'échéance qu'après consignation de la somme due et des intérêts; sinon il est responsable de l'insuffisance du prix de vente.

Quelle est la durée de l'action en responsabilité qui peut être intentée contre les Magasins Généraux? Faut-il appliquer à cet égard les art. 105, 106, 108 du Code de commerce? Si ces articles étaient l'expression du droit commun nous ne ferions, en argumentant par analogie, aucune difficulté de les appliquer. Mais il nous paraît impossible, au moyen d'un simple argument *a pari*, d'appliquer à notre matière une loi *exceptionnelle*. Aussi nous sommes obligés de décider que l'action en responsabilité que nous étudions sera prescrite par le délai de la prescription ordinaire, c'est-à-dire de la prescription de 30 ans. C'est d'ailleurs la solution donnée pour les actions à diriger contre le commissionnaire consignataire dont les obligations ont une analogie in-

time avec celles du magasinier général. Cette solution ne présente pas, en pratique, les graves inconvénients qu'elle paraît comporter. En effet, lorsque les marchandises auront été reçues sous réserve, la plupart des actions, à raison des avaries, tant extérieures qu'intérieures de la marchandise, ne pourront pas réussir à raison de la difficulté de la preuve.

CHAPITRE III

Des Récépissés et des Warrants.

Un des inconvénients de la législation de 1848 était l'unité de titre ; il n'existait qu'un titre pour la vente et le nantissement. Or, le déposant le plus souvent n'affectant la marchandise qu'à des sommes inférieures à sa valeur, le propriétaire qui voulait par la vente tirer un parti du superflu ne le pouvait pas, parce qu'il n'avait plus entre les mains son titre de propriété.

La loi de 1858 a fait disparaître ces inconvénients en créant deux titres l'un pour la vente, l'autre pour le nantissement. Nous allons supposer les deux titres séparés ; ils vont avoir une vie propre. Nous allons suivre ces deux titres après leur divorce opéré et voir quelle est leur valeur juridique, leur efficacité. (1)

(1) Les Magasins Généraux délivrent aussi des bulletins d'entrée, extraits d'un livre à souche qui ne sont pas transmissibles par voie d'endossement et dont la possession par un tiers ne confère à celui-ci aucun droit ni action quelconque sur la marchandise.

I. — DU RÉCÉPISSÉ

Le récépissé est détaché d'un registre à souche et constate que le déposant a remis au Magasin Général telle marchandise déterminée. Voici un modèle du récépissé à ordre du Magasin Général de la Villette.

Récépissé à ordre

Il a été déposé sous le n^o..... par M..... demeurant à..... rue..... n^o..... les marchandises ci-après, venues de..... par..... passibles des droits de douane, octroi et magasinage.

Le warrant dépendant du présent récépissé a été négocié pour la somme de... payable le.....

NOMBRE ESPÈCES ET MARQUES	NATURE ET POIDS BRUT DES MARCHANDISES
------------------------------	--

L'Administrateur délégué,

LE.....

Les énonciations du récépissé doivent prévenir toute difficulté sur l'identité de la marchandise dont le récépissé est la représentation, et faciliter la négociation sans vérification. (1)

Le Magasin Général s'engage à rendre la marchandise à première réquisition non pas au déposant, mais à l'ordre du déposant.

On la restitue au porteur légitime du récépissé à raison d'endossements réguliers. L'art. 1^{er} de la loi de 1858 décide que les récépissés énoncent les indications propres

(1) D'après l'arrêté du 26 mai 1848 le récépissé devait contenir la valeur mentionnée au procès-verbal d'estimation.

à en déterminer la valeur. A ce sujet on lit dans l'exposé des motifs : « Comme ces indications sont nombreuses et peuvent être différentes, suivant la nature de la marchandise, il a paru convenable de renvoyer au règlement d'administration publique le soin de les préciser et de les énumérer, en tenant compte de tous les cas qui peuvent se présenter. » Malheureusement le règlement d'administration publique du 12 mars 1859 n'a pas réalisé cette promesse et garde le silence sur la nature de ces indications. C'est donc aux Magasins Généraux qu'il appartient de régler par leurs règlements les énonciations que devra contenir ce titre. Une fois en possession du récépissé, si le déposant Primus vend la marchandise à Secundus il remettra à celui-ci ce récépissé en écrivant au dos du titre : « Livrez à l'ordre de Secundus, demeurant à , le , (*signature de Primus*). » Le Magasin Général possède pour le porteur du récépissé, et en cela nous ne trouvons aucune dérogation aux principes puisque nous pouvons posséder *animo nostro, corpore autem alieno*. Dès lors on assiste à une grande mobilisation des marchandises. Quand le warrant a été détaché, le récépissé constate un droit de propriété diminué de toute l'étendue du gage conféré au prêteur. La situation du propriétaire du récépissé, propriétaire par suite des marchandises, ressemble, dans le cas où le warrant a été endossé de son côté, au propriétaire d'un immeuble hypothéqué : c'est un droit de propriété *salvo jure pignoris*.

Le récépissé permettra au porteur d'aller réclamer la livraison de la marchandise. Mais si le warrant a été endossé le Magasin Général répondra à la demande du propriétaire qu'il détient non seulement pour le compte du porteur du récépissé, mais encore pour le compte du créancier gagiste. Dans ce cas le porteur du récépissé

obtiendra la livraison de la marchandise à la condition de verser la somme totale indiquée dans le premier endossement du warrant, et rien de plus si l'échéance du warrant est arrivée. Aussi, comme nous le verrons, le premier endossement du warrant doit être transcrit sur les registres du Magasin Général pour que ce dernier connaisse la valeur prêtée et puisse savoir quelle est la somme dont il doit exiger la consignation. Cette transcription sur les registres de l'administration vaut notification au débiteur. Ainsi dans notre espèce le droit de rétention, qui appartient au créancier gagiste, s'exerce par les Magasins Généraux qui ne laissent enlever la marchandise que contre la représentation du récépissé et du warrant, ou quand celui-ci n'est pas rapporté contre la consignation du montant de la créance. D'ailleurs, les Magasins Généraux ont eux-mêmes un privilège et un droit de rétention pour la garantie du paiement des frais de magasinage et autres faits pour la conservation de la chose; il y a en effet un *debitum cum re junctum*. C'est ce que décident les règlements des Magasins Généraux, porte Gerbert à Reims « la marchandise déposée pourra être retenue par l'administration en garantie des frais dûs que le propriétaire aurait refusé d'acquitter. » (Art. 24).

Quand le déposant propriétaire de la marchandise l'a vendue à un tiers et n'a endossé à ce dernier que le récépissé, celui-ci sachant par l'absence du warrant que la marchandise a été engagée, ne payera au vendeur que la portion du prix dépassant le montant de la somme prêtée puisque, pour se faire livrer la marchandise, il sera obligé de consigner à l'administration du Magasin général la somme mentionnée dans le warrant. Cette somme qu'il sera ainsi obligé de consigner constituera une portion de

son prix. Dans certains Magasins Généraux quand on vient faire transcrire le premier endossement du warrant, on inscrit sur le récépissé le montant de la somme prêtée (voir le modèle précédemment donné). Le porteur du récépissé voit alors par la seule inspection du titre pour quelle somme le warrant a été détaché sans être obligé de se transporter au Magasin Général.

L'acheteur peut même avant l'échéance payer la marchandise garantie par le warrant. Si le porteur du warrant n'est pas connu, ou si étant connu il n'est pas d'accord avec le débiteur sur les conditions auxquelles aurait lieu l'anticipation de paiement, la somme due y compris les intérêts jusqu'à l'échéance est consignée à l'administration du Magasin Général qui en demeure responsable, et cette consignation libère la marchandise. Au moment de la rédaction de la loi de 1858, un député, M. Garnier insista sur ce qu'il y a de rigoureux à imposer au porteur du récépissé qui veut se libérer par anticipation le sacrifice des intérêts non encore échus. Le législateur admit pourtant dans l'art. 6 une autre solution parce qu'il a craint de rendre les prêts plus difficiles, s'il forçait le prêteur à subir, contrairement au droit commun en matière d'effets de commerce, le remboursement anticipé de sa créance. Il a pensé, d'autre part, que la nécessité de consigner la totalité des intérêts n'arrêterait pas sérieusement le débiteur qui voudrait se libérer, par la raison que la différence de l'intérêt ne portera jamais que sur une durée assez courte et que, réduite en chiffres, elle ne sera pas de nature à balancer l'avantage qu'il peut avoir à recouvrer la disposition de la marchandise.

En pratique, en cas d'anticipation de paiement, les banquiers tiennent compte au débiteur des intérêts à courir sous déduction d'une bonification de dix jours au

profit de la maison de banque. C'est ainsi que procède le Comptoir National d'Escompte de Paris d'après l'art. 11. de ses statuts (1).

Cette obligation par le porteur du récépissé de verser à la caisse du Magasin Général tous les intérêts à courir constitue certainement une gêne. Aussi on s'est demandé s'il n'y aurait pas moyen pour l'administration des docks de faire rapporter des intérêts aux sommes consignées entre ses mains. Ne pourrait-on pas autoriser cet établissement à placer les sommes consignées en compte courant dans une banque; on donnerait alors au porteur du warrant, pour se faire payer des intérêts, un chèque sur cette banque. Seulement il arrivera rarement que les intérêts que l'établissement financier s'engagera à payer soient égaux aux intérêts stipulés, les intérêts donnés par les banquiers étant minimes lorsque les fonds doivent être restitués à courte échéance. Il faudrait alors que le porteur du récépissé versât la différence.

Si le porteur du warrant se décidait à recevoir la somme consignée avant l'échéance, il ne pourrait réclamer que les intérêts exigibles à ce moment; quant aux intérêts non courus ils devraient être restitués à celui qui les a consignés.

La loi ne s'explique pas sur les versements partiels. L'usage et les banquiers les admettent. Il convient en effet de les accepter, d'autant mieux qu'il n'y a aucun inconvénient à cela et qu'au contraire ils offrent aux bailleurs de fonds l'avantage d'une petite bonification.

Mais il y a une question plus délicate relative aux retraits partiels de marchandises. L'usage et les banquiers

(1) La banque d'Anvers fait ristourne d'intérêts en cas de remboursement anticipatif partiel ou total, sous la déduction d'une bonification de dix jours à son profit.

les admettent également. Si l'on paie la moitié du montant du warrant, on peut retirer la moitié du montant de la marchandise.

Mais si le prêteur consent valablement à ce retrait partiel, l'exploitant d'un magasin général ne pourrait pas y consentir valablement. Le Tribunal de la Seine avait, le 20 avril 1875, décidé que la consignation d'une somme partielle libérait la marchandise à concurrence de la somme versée. Mais la Cour de Paris a réformé ce jugement par un arrêt du 5 avril 1878 (*France judiciaire*, 3^{me} année, 2^e partie, p. 81 et suiv.)

« Considérant que tout est de droit étroit en matière de gage ; que le porteur du warrant est privilégié sur la marchandise, et que la loi du 28 mai 1858 art. 6, ne permet pas la consignation de la somme due sur la marchandise et le retrait de celle-ci avant l'échéance, qu'à la condition que le porteur du warrant étant connu ou inconnu, le paiement et le retrait soient effectués et du total de la dette et du total de la marchandise ; que ce n'est qu'en ce seul cas, que le magasinier demeure responsable de la somme déposée envers le tiers porteur du warrant, et que la marchandise est libérée. Considérant que cette faculté de consigner la somme due ne peut être étendue au-delà des termes de la loi, dès qu'elle constitue une dérogation au droit commun en matière de gage ; que la consignation partielle en deniers aux mains du magasinier substitué au gage en nature aurait pour effet de se prêter, au préjudice des tiers, à l'amortissement ou même à l'anéantissement de celui-ci dans la valeur des marchandises dont il se composait au moment de l'emprunt. Considérant par suite que D... ne peut se prévaloir à l'encontre de la Société générale des versements partiels qu'il aurait pu faire aux mains de G... et C°

à valoir sur sa dette. » Ainsi la consignation d'une partie du prix entre les mains du magasinier contre le retrait d'une partie équivalente de la marchandise ne libère pas d'autant le débiteur envers le porteur du warrant. En cas de faillite du magasinier, le porteur du warrant reste créancier de la dette vis-à-vis du souscripteur qui ne peut lui opposer comme paiements faits à valoir les paiements faits au magasinier.

La solution donnée par la loi (art. 6) sur la nécessité pour le débiteur de consigner tous les intérêts pour retirer la marchandise, est conforme à la mission du législateur. Il est de principe, en effet, comme l'a dit M. Schneider au Corps Législatif, de n'intervenir dans les transactions commerciales que quand il y a une nécessité d'ordre public ; dans tous les autres cas il faut laisser les intéressés libres. C'est ce qu'a fait la loi en laissant les deux intérêts en présence discuter librement leurs intérêts (1).

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que lorsque le porteur du récépissé se présentait au Magasin Général pour se faire livrer la marchandise, celle-ci se trouvait encore déposée dans l'établissement. Mais il peut se faire aussi que la marchandise ne s'y trouve plus, parce que le porteur du warrant l'a fait vendre. Mais dans ce cas si le prix de la vente est supérieur au montant de la créance warrantée le Magasin Général conserve le surplus pour le remettre au porteur du récépissé.

(1) Relativement au paiement anticipé la loi n'a pas résolu une difficulté signalée par M. Ancel. La somme déposée peut être soustraite ou perdue et le Magasin Général responsable de sa restitution peut tomber en faillite. Sans doute, la question se présentera rarement, les tiers ayant un recours sur le cautionnement fourni par les exploitants du magasin, et ne devant du reste confier une

II — DES WARRANTS

Nous allons supposer le warrant détaché du récépissé et rechercher à quoi il va servir.

Le warrant (1) contient les mêmes énonciations que le récépissé ; il suffit de se reporter au modèle de récépissé que nous avons donné. Rappelons toutefois qu'en pratique le récépissé contient quelque chose de plus que le warrant : il contient l'indication de la valeur prêtée sur nantissement et l'époque d'exigibilité de la dette.

Le warrant est un titre à double fin entre les mains du créancier gagiste ; il constate d'abord l'engagement personnel du débiteur Primus et de tous les endosseurs successifs : Primus a joué le rôle de souscripteur du billet. Le warrant constate, en outre, le gage, dans lequel le Magasin Général joue le rôle de détenteur précaire, pour le compte du porteur du warrant.

Certaines causes ont retardé l'usage général des warrants. Il y avait d'abord la difficulté d'escompter les titres, et ensuite, il existe une espèce de fausse honte qui retient encore certains négociants pour faire des warrants l'usage que leur conseillent leurs intérêts, parce qu'ils craignent de passer pour être gênés dans leurs affaires et

somme importante qu'à un magasin sûr et solvable. Dans le cas où l'événement se réaliserait nous pensons que les risques sont pour le créancier qui ne peut plus rien réclamer aux débiteurs du warrant. (anal. art. 1257. c.c.)

(1) Dans le projet de loi de 1858, l'article 2 était ainsi conçu : « A chaque récépissé est annexé un bulletin de gage... » Cette expression soulève les susceptibilités du commerce. Aussi la commission pensa qu'on pouvait emprunter à l'Angleterre les termes d'une institution dont on lui empruntait la pratique. Mais pour préciser le sens du mot warrant, le législateur crut devoir établir sa synonymie avec le bulletin de gage.

avoir besoin d'argent. Cette susceptibilité n'a pas de fondement sérieux, car l'usage des warrants constitue une opération commerciale comme toute autre ; c'est un moyen de ne pas immobiliser ses fonds dans des marchandises déposées en magasin, d'en tirer immédiatement parti en les mobilisant. Au Havre, quand pour la première fois on a parlé de warrant, tout le monde s'est récrié en disant : jamais nous ne consentirons à mettre nos marchandises au Mont-de-Piété.

Aujourd'hui, l'usage des warrants est tellement passé dans les mœurs que les commerçants les plus importants conviennent qu'il est illogique de laisser des marchandises improductives et les utilisent au moyen de warrants.

Le warrant offre, en outre, de grands avantages aux commissionnaires consignataires de marchandises, obligés de faire des avances à leurs commettants ; il leur sera facile d'obtenir eux-mêmes ces avances en empruntant sur les marchandises qui leur sont consignées.

N'étant plus limités dans le nombre des avances qu'ils peuvent faire, ils ne seront plus obligés de refuser des consignations à défaut de ressources personnelles. Comme ils pourront par ce moyen accepter plus de consignations, les frais que leur occasionneront les warrants seront compensés par un excédant de commission.

On a manifesté des craintes fondées sur l'extrême facilité que l'institution des warrants est de nature à donner à la spéculation, à l'agiotage. Grâce aux warrants, un négociant pourra acquérir des marchandises pour une valeur sextuple, décuple même du capital dont il dispose, en empruntant sur ces marchandises ; il pourra agir avec un capital s'élevant à peine à 25 p. o/o de la valeur des marchandises qu'il achètera ; il soldera le surplus avec les avances qui lui seront faites sur les marchandises

achetées par la levée et la négociation d'un warrant. Les besoins de la consommation et les moyens d'échange limitent le chiffre des ventes du commerce, tandis que la mise en dépôt n'est nullement limitée. On peut répondre d'abord qu'il n'y a rien de plus légitime pour le commerçant que de profiter des bonnes occasions qui peuvent se présenter de faire des achats avantageux, sans être obligé d'attendre le résultat de la vente des marchandises précédemment reçues.

« Sans doute, l'institution des warrants est de nature à favoriser la spéculation, l'agiotage même, si l'on veut, mais ce grief peut être adressé à l'introduction de tout moyen de crédit. Le crédit a pour but de permettre à ceux qui n'ont point de capitaux ou qui n'ont que des capitaux insuffisants, d'agir avec ceux d'autrui; on a toujours pensé que les moyens qui tendent à le développer ont exercé sur le commerce une heureuse influence, et que, le bilan dressé des bénéfices et des pertes que laisse l'usage régulier ou l'abus qu'on en peut faire, il donne un solde profit considérable. Si au lieu de proposer une loi sur les warrants et les cédules on proposait la création d'une banque ayant pour but d'augmenter le crédit personnel de ceux dans l'intérêt desquels nous voulons introduire notre système, on n'y trouverait sans doute rien à redire, du moins au point de vue de l'influence que cette banque pourrait avoir sur les spéculations et l'agiotage. Le moyen que nous vous proposons offre moins de dangers, car il tendra à établir le crédit sur la base la plus solide... Personne n'a jamais critiqué le crédit que l'on peut obtenir à l'aide d'un dépôt de titres, de fonds publics, de lingots, etc...

La spéculation et l'agiotage useront peut-être des facilités que leur donne la loi. Pour éviter un mal passa-

ger et hypothétique, dont le monde financier, commercial et industriel ne se trouveraient atteints qu'à de longs intervalles, est-ce une raison de maintenir des entraves à des opérations régulières, utiles au développement de la richesse nationale... Est-ce bien d'ailleurs par les dispositions du code civil et de commerce, par des entraves mises à la vente, à la constitution et à la transmission du nantissement qu'on doit chercher à prémunir le commerce contre ses égarements? Ces idées ont eu cours, il est vrai, à l'époque de la rédaction des codes, des votes, des lois sur l'usure, sur les coalitions, sur les spéculations de Bourse, elles sont abandonnées aujourd'hui. »

Nous avons cru devoir citer ce passage remarquable du rapport du rapporteur de la loi belge de 1862 à la section centrale (voir notice sur les warrants, par Lenaers, p. 14 et suiv.)

Reconnaissons donc que les docks permettent heureusement d'appliquer à la marchandise un emploi énorme de capitaux avec un très minime capital, qu'ils donnent les moyens de battre monnaie avec les marchandises. On cherche à mettre le capital à la disposition de celui qui en est privé, afin d'égaliser les positions. Sans créer des théories socialistes, qu'on vulgarise la théorie des Magasins Généraux qui permettra à des jeunes gens capables et entendus en affaires, de faire le commerce avec un capital minime et sans qu'il leur soit nécessaire de posséder des magasins toujours très-coûteux.

Rappelons enfin que les Magasins Généraux empêchent par l'évidence de la réalisation du gage que le propriétaire de la marchandise ne soit écrasé par des chances mauvaises, des paniques ou des crises commerciales, et lui permet en tout temps et sans qu'on puisse spéculer sur sa détresse, d'obtenir à terme une certaine somme sur le

valeur de sa marchandise selon son cours commercial, de payer les premiers frais causés par ces marchandises, de se libérer de quelques engagements pressants et d'attendre le moment favorable.

III

Examinons maintenant les droits du porteur du warrant. Si l'échéance est arrivée, (1) le porteur légitime devra d'abord se présenter chez le souscripteur et demander le paiement de la somme prêtée. Si le souscripteur paie, aucune difficulté ne se présente, l'opération se trouve réglée ; le porteur du warrant en recevant son paiement devra donc restituer le titre dont il est détenteur.

Si le souscripteur primitif du warrant, après avoir mis en circulation le récépissé, paie le porteur du warrant au jour de l'échéance, la loi lui permet de procéder à la vente de la marchandise contre le porteur du récépissé, huit jours après l'échéance et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure. On a pensé qu'il n'était pas nécessaire de faire une sommation au porteur du récépissé, parce qu'il doit savoir depuis l'origine à quelle époque la marchandise pourrait être vendue et que c'est à lui à surveiller cette époque comme le porteur d'une traite en surveille l'échéance. S'il veut éviter la vente de la marchandise il n'a du reste qu'à consigner une somme suffisante pour désintéresser le porteur du warrant ou celui-ci des envoyés personnellement qui l'aura payé.

(1) Ordinairement les warrants sont à trois mois ou 100 jours, mais le terme peut cependant varier au gré des contractants. Le warrant est donc un titre se rapprochant du billet à ordre ou de la lettre de change et non du chèque.

L'existence du recours du souscripteur contre le porteur du récépissé se justifie aisément dans ce cas. Car, lorsqu'il a vendu la marchandise à ce dernier, après avoir endossé le warrant, il lui a transmis la propriété de la marchandise à la charge de payer le porteur du warrant. Par suite l'acheteur n'a remis à son vendeur, souscripteur de ce warrant, que l'excédant du prix sur le montant de la créance garantie par le warrant. Il s'enrichirait donc au détriment de son vendeur s'il ne lui remboursait pas la créance qu'il a éteinte.

Si le souscripteur Primus refuse de payer, la loi (art. 7) (11) détermine la marche à suivre. La loi est muette sur les formes du protêt, faute de paiement à l'échéance, et sur le délai dans lequel il doit être dressé. On ne peut cependant hésiter à appliquer les règles générales tracées en cette matière par l'art. 161 et 162 du Code de commerce. Après avoir demandé le paiement le jour de l'échéance, on fera faire le protêt le lendemain (1). Si le porteur est en retard pour faire le protêt, les endosseurs seront libérés sauf pourtant le premier Primus qui est en réalité un souscripteur, le véritable débiteur de l'effet, et qui ne doit pas plus pouvoir opposer la déchéance que le souscripteur d'un billet à ordre. Il ne peut opposer que la prescription.

C'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de Paris par arrêt du 5 avril 1878. Il ne peut, en effet être admis » dire : « il n'y a pas de souscripteur sur un warrant, il n'y a que des endosseurs ; la marchandise tient lieu de souscripteur et en fait entièrement l'office. »

Mais il se présente quelquefois en pratique une hypo-

(1) Il faut repousser l'opinion de ceux qui s'appuyant sur le silence de la loi de 1858, décident que l'époque où le protêt doit être fait est laissée à l'appréciation du porteur du warrant.

tèse délicate que nous relevons dans le Manuel des Docks de M. Sauzeau. A est propriétaire de marchandises valant 15,000 fr. au cours du jour, et déposées dans un magasin général. Il porte son warrant chez un banquier qui, le 1^{er} avril 1881, lui fait l'avance sur ce warrant de 12000 f. remboursables au 1^{er} janvier 1881. Le 10 janvier A vend par endossement sa marchandise à B au prix de 15,000 fr. B, remet à A 3,000 fr. espèces et rembourse les 12,000 fr. au banquier qui lui remet le warrant. Le 20 janvier B qui ne croit pas le moment favorable pour la vente, et a besoin de fonds, présente le même warrant au Comptoir d'escompte qui l'accepte, après l'avoir fait endosser pour la même somme, exigible à la même époque.

Au 1^{er} avril, jour de l'échéance, B ne rembourse pas et le Comptoir d'Escompte ne fait dresser le protêt que le 10 avril. La marchandise ne produit, par hypothèse, que 10,000 fr. en sorte qu'il est encore dû au Comptoir 2000 fr.

Contre qui le Comptoir d'Escompte va-t-il exercer son recours personnel? Sera-ce contre A dont le nom figure en première ligne sur le warrant. Ne peut-t-il pas prétendre que lorsque B a payé le prix du marché et reçu en échange et le warrant et le récépissé, l'opération était complète et qu'il n'y avait plus à y revenir. Si l'on s'adresse à B, celui-ci ne peut-il pas prétendre que, par la raison qu'un endossement antérieur au sien figure sur le warrant, il n'est qu'un simple endosseur libéré par le protêt tardif.

Je crois, dans ce cas, comme nous nous trouvons en face de deux opérations successives et distinctes, que B ne peut opposer le défaut de protêt en temps utile au Comptoir d'Escompte qui se trouve être en réalité le prêteur (1).

(1) On peut généraliser cette solution en disant que c'est celui

Une fois le protêt dressé, que va-t-il-se passer ? Le créancier porteur d'un warrant a deux droits : faire vendre la marchandise, et recourir par son action personnelle contre le souscripteur et les endosseurs débiteurs solidaires envers ce porteur. La loi lui impose un ordre de poursuites, dans un certain temps fixé, c'est-à-dire qu'elle exige de lui une certaine diligence. Il doit d'abord exercer son action réelle en faisant vendre la marchandise. Ce n'est qu'autant que son gage sera insuffisant pour le désintéresser qu'il pourra exercer des poursuites contre les endosseurs. Ceux-ci ont pensé qu'on ne les inquiéterait pas puisque le gage est là pour répondre du paiement de la créance (1).

Après le protêt le porteur du warrant devra donc se transporter au Magasin général. Si la marchandise ne s'y trouve plus, comme le porteur du récépissé n'a pu la reprendre qu'en consignation le montant du warrant, il n'aura qu'à réclamer la somme déposée (2).

qui a reçu les fonds du warrant sans les avoir remboursés qui est le débiteur principal.

(1) La Commission du Corps Législatif a refusé d'admettre un amendement qui avait pour but de laisser au porteur du warrant l'option qui, de droit commun, appartient à tout créancier gagiste, de faire vendre d'abord le gage ou les autres biens de son débiteur. C'était une modification à la législation antérieure qui était réclamée. Le rapport de la Commission dit que « c'est au prêteur à n'avancer sur la marchandise qu'une somme qui le laisse à l'abri de toute éventualité ; et il est juste que l'emprunteur qui perd la disposition de sa marchandise quand il la donne en nantissement, décharge proportionnellement son crédit. »

(2) On a choisi pour recevoir la consignation le Magasin Général et non la caisse des dépôts et consignations, parce que le commerce ne se serait pas accommodé des formalités longues et coûteuses à remplir pour retirer les sommes déposées dans cet établissement. En cas de consignation si le Magasin général tombe en faillite, les risques sont pour le porteur du warrant qui ne peut réclamer qu'à la faillite.

Si la marchandise se trouve encore au Magasin Général, alors le porteur du warrant la fera vendre. L'arrêté du ministre des finances du 26 mai 1848 décidait que le Président du Tribunal de Commerce, sur la simple production de l'acte du protêt, ordonnerait la vente de la marchandise aux enchères (voir aussi art. 2 décret de l'Assemblée nationale du 23 août 1848). L'intervention de ce magistrat se manifesterait par l'opposition de son visa sur le protêt. Ce visa du président ne paraissait pas pouvoir se refuser si le protêt était régulier. La loi de 1858 fit disparaître cette formalité qui entraînait des lenteurs et des frais et décida que la vente se ferait huit jours après le protêt par l'intermédiaire de courtiers, sans autorisation de justice. C'était une grande faveur en 1858 puisque le créancier gagiste était alors obligé de faire ordonner en justice que la chose engagée serait vendue aux enchères. Mais ce qui était faveur à cette époque, est devenu le droit commun en matière commerciale.

La loi sur les Magasins Généraux est muette sur le pacte comissoire prohibé par l'art. 2078 du Cod. civ. Mais cette prohibition doit être admise, car à défaut de dispositions dérogatoires, les principes généraux sur le gage doivent être appliqués en matière de warrants. [D'ailleurs les parties ont un moyen d'arriver au même résultat ; que le débiteur endosse le récépissé au profit du porteur du warrant, et alors, en cas de non paiement à l'échéance, le porteur du warrant n'a pas besoin de vendre les marchandises, puisque cet endossement lui donne le droit d'en disposer. Dans la pratique on a, paraît-il, assez fréquemment recours à cette opération.

Nous avons vu que le porteur du warrant ne pouvait procéder à la vente des marchandises que huit jours après le protêt. On a voulu ainsi accorder au débiteur un délai

de grâce dans lequel il pût encore valablement se libérer. Le délai est assez bref, car il ne faut pas que l'intérêt du débiteur nous fasse oublier les droits du porteur du warrant qui peut avoir besoin de cette somme pour faire face à ses engagements.

Une fois la marchandise vendue, le porteur du warrant va se payer sur le prix directement et sans formalité de justice, par privilège et préférence à tous créanciers du porteur du récépissé. Seulement, ce privilège est primé par les droits des contributions indirectes, par les taxes d'octroi et les droits de douane, si les marchandises sont livrées à la consommation, et en deuxième lieu par les frais de vente, de magasinage et autres frais faits pour la conservation de la chose (1). En ce qui concerne le privilège de l'administration des Douanes, la loi (art. 8) restreint dans l'intérêt du commerce l'étendue que ce privilège a d'après le droit commun : la marchandise engagée est affranchie du privilège général qui frappe les meubles et effets mobiliers du redevable, en tant qu'il s'agissait des droits dus pour d'autres marchandises.

« L'administration des douanes, dit l'exposé des motifs de la loi de 1858, qui n'a jamais usé que dans des cas extrêmement rares de ce privilège général, reconnaît que son atténuation, dans les limites proposées, ne compromet point d'une manière sérieuse les intérêts du trésor. Et, d'un autre côté, il est certain que ce privilège général, pouvant éventuellement absorber la valeur entière de la marchandise, était une grave atteinte à la sécurité que le gage doit présenter. »

(1) Ce que la loi décide pour les frais de vente, de magasinage et autres frais faits pour la conservation de la chose, est conforme aux principes généralement admis d'après lesquels les privilèges des frais de conservation et des frais de justice passent avant celui du créancier gagiste.

Lors de la discussion de la loi de 1858, M. Armand demanda que ce bénéfice fût applicable à la consignation faite à des particuliers dans la même ville, à la charge par le consignataire de donner à ses avances une date certaine par des justifications commerciales régulières. Cette proposition fut repoussée : on ne crut pas pouvoir, dans une loi spéciale, établir une dérogation aussi importante au droit commun. La loi de 1863 sur le gage commercial ne s'étant pas d'autre part occupée de ce point, le décret de germinal an XIII reste toujours en vigueur dans le droit commun. Pour que le porteur du warrant puisse facilement se rendre compte du montant des créances qui primeront la sienne, le décret du 12 mars 1859 décide (art. 17) que : « à toute époque l'administration du Magasin général est tenue sur la demande du porteur du warrant de liquider les dettes et les frais énumérés en l'art. 8 et dont le privilège prime celui de la créance garantie par le warrant. Le bordereau de liquidation délivré par l'administration du Magasin général relate les numéros du warrant auquel il se réfère. » (1)

Il peut se faire que le Magasin général ait été incendié. Il est d'usage constant, quand on dépose des marchandises, de les faire assurer, de sorte qu'en cas de sinistre leur valeur est due par la Compagnie d'assurances. C'est ainsi que les Magasins Généraux de la porte Gerbert à Reims ont décidé dans leur statuts que « toutes les marchandises déposées seront assurées par les soins de l'ad-

(1) Une circulaire du directeur des douanes de 1859, pour faciliter l'exécution de cette disposition, prescrit aux agents des douanes et des contributions indirectes de fournir aux gérants les renseignements nécessaires pour fixer le montant des droits dont la marchandise est grevée.

ministration, au moyen de polices permanentes. » (1).

Cette somme due par la Compagnie d'assurance pourrait-elle tenir lieu pour les créanciers gagistes de la marchandise elle-même ? La même question se présente pour un immeuble hypothéqué lorsqu'il est incendié. Dans ce dernier cas on admet que les créanciers hypothécaires ne sont pas subrogés sur le prix de l'immeuble. Et on devait le décider ainsi parce que la somme payée par la Compagnie d'assurance est la compensation des primes payées, et que ces primes n'ont pas été hypothéquées. Ces primes ayant été acquittées avec l'argent puisé dans le patrimoine, gage commun de tous les créanciers, l'indemnité qui en est la représentation doit se répartir entre tous les créanciers. Cette décision est sans doute conforme aux stricts principes du droit, mais elle n'est pas aussi conforme aux exigences de l'équité. Aussi en pratique les parties intéressées ont-elles soin de déroger aux conséquences de la loi. Cette stipulation n'est pas nécessaire en notre matière, car l'art 10. de la loi de 1858 a décidé « que les porteurs des récépissés et des warrants ont sur les indemnités d'assurances dues en cas de sinistres les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée. » Rien de spécial pour le porteur du récépissé qui, propriétaire de la marchandise, peut seul prétendre à l'indemnité.

Pour le porteur du warrant, il y a au contraire une dérogation au droit commun introduite pour faciliter la circulation du warrant, pour lui donner du crédit. Le législateur a eu raison d'inscrire dans la loi un droit que les parties n'auraient pas manqué, comme en matière hypothécaire, de stipuler par une clause formelle qui

(1) L'arrêté du 26 mars 1848, art. 2 exigeait que les marchandises fussent assurées.

serait devenue de style. Le législateur a suivi la même voie dans la loi sur l'hypothèque maritime du 10 décembre 1874 qui porte dans son article 17 qu'en cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers hypothécaires s'exercent sur le produit des assurances faites par l'emprunteur, dans l'ordre des inscriptions. Mais remarquons que la disposition de l'art. 10 de la loi de 1858 s'applique exclusivement à l'indemnité d'assurance ; elle ne peut pas être appliquée aux indemnités dues à un autre titre, à l'occasion des marchandises. C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de Commerce le 20 novembre 1877 (*France judiciaire*, 3^{me} année, 2^{me} partie, page 83) en décidant que le porteur du warrant n'a aucun privilège sur l'indemnité allouée par la ville de Paris au propriétaire des marchandises qui avaient été brûlées par la Commune de Paris. La Société Générale avait avancé une somme de 20,000 francs au sieur Lemaire, sur des marchandises par lui déposées en 1870 dans les entrepôts et Magasins Généraux de Paris. Les marchandises périrent dans l'incendie des dits Magasins et le sieur L... tomba en faillite. La Société Générale prétendit faire porter son privilège sur la somme de 37,175 francs attribuée par la ville de Paris au propriétaire, indemnité qui représentait la marchandise. Le syndic de la faillite prétendait au contraire, toucher toutes les indemnités ordonnancées au sieur L... offrant d'admettre chirographairement la Société Générale pour le montant de sa créance. Le Tribunal donna raison au syndic « Attendu que les privilèges sont de droit étroit et ne sauraient être étendus sous prétexte d'analogie à aucun cas non prévu... Attendu que, s'il est vrai, qu'aux termes de la loi le créancier gagiste peut exercer son privilège sur le gage dont il

est nanti ou sur son prix en cas de vente, à l'exclusion des autres créanciers, c'est à la condition que le gage n'aura pas été détruit comme dans l'espèce ; que les droits du créancier gagiste ne peuvent atteindre que la somme provenant de la réalisation même du gage ; Qu'on ne saurait assimiler les indemnités allouées par la ville de Paris à la réalisation du gage ; — Qu'en effet ces indemnités ne représentent nullement tout ou partie de la valeur des marchandises (1). »

En matière d'hypothèque maritime, les créanciers inscrits peuvent faire assurer le navire. Nous devons, par analogie, décider que si le propriétaire des marchandises ne les a pas fait assurer, le porteur du warrant peut les faire assurer dans son intérêt, cas où l'indemnité n'appartient qu'à lui seul. Il peut même les faire assurer dans le cas où elles auraient été assurées par le déposant, s'il craint que l'assurance faite par le déposant soit nulle ou insuffisante (V. M. Lyon-Cahen et Renault, précis de droit commercial).

Après la vente, deux hypothèses peuvent se présenter. Il se peut que le prix de vente dépasse le montant de la somme prêtée. Alors le porteur du warrant se rembourse de sa créance et laisse le surplus au Magasin général qui le remettra au porteur du récépissé. Bien que le prêteur ne prête qu'une partie de la valeur de la marchandise, il se peut pourtant que la marchandise subisse une détérioration inattendue, ou une diminution de prix imprévue. Nous allons supposer que, par suite de ces circonstances, le prix est inférieur au montant de la créance du porteur du warrant. Pour se faire payer ce qui lui reste dû, le

(1) Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt, Cass. req. 2 août 1880. Dalloz, p. 1^{er} p. 227, 1881.

créancier a un recours contre tous les signataires du warrant ; l'insuffisance du gage lui permet de recourir à son action personnelle (1).

Le porteur du warrant a une action solidaire contre l'emprunteur et les endosseurs ; il peut donc les poursuivre collectivement ou demander la totalité de sa créance à l'un d'eux. Mais il fallait empêcher que l'obligation de discuter le gage imposée au porteur du warrant, en l'absence de conventions contraires, ne compromît son recours. Lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, le porteur doit notifier le protêt aux endosseurs, et, à défaut de paiement, les faire citer en justice dans la quinzaine qui suit la date du protêt, à peine de déchéance.

La loi a décidé que ce recours contre les endosseurs devait être exercé exactement dans le même délai donné au porteur d'une lettre de change, c'est-à-dire le délai de quinzaine augmenté à raison des distances. Mais le point de départ de ce délai n'est pas le même que celui de la lettre de change. Puisqu'on impose au porteur du warrant de discuter d'abord le gage, il doit, si le gage est insuffisant, exercer son action personnelle (dénoncer le protêt aux endosseurs et les assigner en justice) dans la quinzaine de la vente des marchandises engagées.

Mais, d'autre part, les endosseurs, signataires du warrant, ne peuvent rester indéfiniment exposés au recours du créancier gagiste ; il ne faut pas que le porteur du warrant puisse retarder l'époque de la vente et prolonger ainsi le délai pendant lequel il peut valablement recourir contre les endosseurs. La loi a fixé le point de départ de

(1) Le rapport de la commission du Corps Législatif reconnaît la validité d'une clause qui permettrait au porteur du warrant d'agir, sans avoir discuté le gage, contre l'emprunteur et les endosseurs.

la vente, huit jours après le protêt ; mais cela ne suffisait pas pour affranchir les endosseurs de toute incertitude ; si la vente peut, huit jours après le protêt, être faite à une époque librement déterminée par le créancier gagiste, il n'aura servi à rien de fixer le délai du recours et son point de départ lui-même aussi variable que la volonté du créancier. Le législateur a paré à cet inconvénient, en affranchissant l'endosseur de tout recours, si le porteur du warrant n'a pas fait procéder à la vente des marchandises dans le mois qui suit la date du protêt. De la sorte, connaissant la date de l'échéance, sachant que le protêt doit être fait le lendemain, et que la vente doit avoir lieu dans le mois qui suit le protêt, les endosseurs n'ont plus de recours à craindre 45 jours après la date de l'échéance (sauf les délais des distances). Les parties pourraient néanmoins, s'il se présentait des circonstances où il serait utile d'ajourner la vente au-delà du délai d'un mois pour obtenir un meilleur prix, prendre entre elles les arrangements qu'elles jugeraient favorables à leurs intérêts communs.

Elles peuvent convenir aussi qu'il n'y aura pas lieu à protêt, ni à poursuite judiciaire dans les délais légaux, mais qu'un simple avertissement suffira pour conserver les droits du porteur du warrant. C'est ainsi que dans les lettres de change on admet la clause retour sans frais. Toutefois une distinction est nécessaire. « Il ne faut pas oublier que le protêt a, quand il s'agit des warrants, une double utilité, c'est le préliminaire de la vente qu'il doit précéder de huit jours au moins (art. 9) ; c'est aussi l'une des conditions du recours du porteur du warrant contre les endosseurs. Nous admettons bien qu'on ne peut pas disposer du protêt comme préliminaire de la vente ; les formalités prescrites par la loi forment une sorte de

minimum qu'on ne peut pas restreindre par une convention ; mais il nous est impossible d'apercevoir les raisons qui empêcheraient d'admettre la dispense du protêt comme condition de recours contre les endosseurs du warrant, alors que cette dispense est admise en matière de lettres de change et de billets à ordre : Du reste, cette dispense n'aurait d'effet qu'autant que le porteur du warrant aurait le droit d'agir contre l'emprunteur et les endosseurs sans discussion préalable du gage. » (Lyon-Cahen et Renault. Précis de droit commercial, p. 395). Ainsi trois déchéances peuvent être encourues par le porteur du warrant. 1^{re} Pour n'avoir pas fait le protêt le lendemain de l'échéance ; 2^{me} Pour n'avoir pas fait la vente dans le mois du protêt, et enfin 3^{me} pour n'avoir pas exercé son recours dans la quinzaine de la vente. (1)

Si le gage a été vendu avant le mois, le délai de quinzaine dans lequel le recours doit s'exercer commencera de ce jour.

Le déposant souscripteur du warrant ne pourra opposer ces déchéances ; emprunteur, il ne peut opposer une déchéance qui l'enrichirait puisque, en réalité, il aurait donné comme garantie des marchandises dont la valeur serait inférieure au montant de la somme qu'il se serait ainsi procurée. Les endosseurs luttent, au contraire, pour se soustraire à un dommage et non pour réaliser un bénéfice. Si nous faisons l'application de ces idées d'une façon absolue, on pourrait peut-être dans un cas écarter le recours contre le souscripteur lui-même, si ce dernier peut établir qu'il ne s'enrichit pas. L'art. 170 Code de Com. décide que le tireur d'une lettre de

(1) Remarquons que les précautions prises par la loi seraient inutiles, si, comme le prétendent certains auteurs, le protêt pouvait être indéfiniment retardé au gré du porteur.

change est libéré, s'il peut établir qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre de change. Ne devons-nous pas dire, dans notre espèce, que si le souscripteur justifie qu'il y avait provision suffisante, c'est-à-dire, que la marchandise était d'une valeur suffisante pour payer et droits et frais et créance, il pourra opposer la déchéance, de telle sorte que le porteur négligent du warrant n'aurait plus de recours que sur la marchandise et contre l'administration des Magasins Généraux responsable des détériorations survenues dans ses entrepôts ?

Cette théorie que nous venons d'admettre, relative à la distinction, au point de vue du recours du porteur du warrant, entre le souscripteur et les endosseurs, peut s'appuyer sur la rédaction de la loi de 1858. Dans le 1^{er} alinéa de son article 9, cette loi, lorsqu'il s'agit de refuser au porteur du warrant tout recours personnel avant la vente de la marchandise, établit cette règle à l'égard de l'emprunteur et des endosseurs. Les alinéas 2 et 3 de ce même article 9, ne parlent plus que des endosseurs lorsqu'il s'agit de fixer le point de départ du délai de recours et d'édicter une déchéance en cas de vente de la marchandise après le mois. Sans doute le mot endosseur peut comprendre même le souscripteur ; mais la loi semble avoir voulu ici opposer ces deux expressions l'une à l'autre et donner un sens limitatif au mot endosseur. Le porteur du warrant n'encourt non plus aucune déchéance à l'égard du porteur du récépissé qui, sans doute, n'est pas tenu personnellement, mais qui ne peut retirer la marchandise qu'en versant entre les mains de l'administration des Magasins Généraux le montant de la somme constatée par le warrant. Celui des endosseurs qui rembourse le porteur du warrant a, conformément à la disposition de l'art. 167. C. de commerce, les mêmes droits

et les mêmes obligations que ce dernier. Seulement il y a une différence entre lui et le porteur du warrant en ce qui concerne le point de départ du délai à son égard (art. 167. Cod. de com.) le délai court du lendemain de la date de la citation en justice. Mais que décider à l'égard des délais de recours de l'endosseur lorsque celui-ci a payé avant toute poursuite du porteur sur la simple notification du protêt ? La loi garde le silence. Nous pensons néanmoins que le point de départ du délai doit être le jour du remboursement volontaire ; l'endosseur qui paie volontairement aura donc un délai de 15 jours, à compter du jour du remboursement par lui effectué. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation dans trois arrêts du 10 novembre 1812, 9 mars 1818 et 2 février 1846.

Lorsque le déposant a l'intention de conférer à un tiers le droit de disposer librement de la marchandise, il endosse au profit de ce tiers les deux titres réunis. Dans ce cas le porteur se présente muni de son double titre au Magasin Général, et moyennant le paiement des droits de magasinage, des droits de douane et d'octroi, si les magasins les ont payés, il obtient immédiatement la délivrance de la marchandise.

Dans le cas où le déposant endosserait le récépissé avant d'avoir endossé le warrant, il ne pourrait plus endosser ultérieurement ce dernier titre, car on ne peut donner en gage des marchandises qu'on a aliénées. Il en serait toutefois autrement si l'endossement du récépissé avait été fait à un simple mandataire.

IV. — NATURE DU WARRANT ET DU RÉCÉPISSÉ

Avant d'étudier les formes de l'endossement du warrant et du récépissé nous devons rechercher pour faciliter

cette étude, la nature exacte de ces deux titres. Ce sont des valeurs négociables qui, en certains points, sont régies par les mêmes règles que les effets de commerce. Mais devons-nous les traiter en tous points comme des effets de commerce ? La question s'est élevée à propos de l'application de l'art. 446, Code de Commerce, qui décide que « sont nuls et de nul effet relativement à la masse lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le Tribunal, comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui précèdent cette époque... tous paiements soit en espèces, soit par transport, vente, compensation, ou autrement pour dettes non échues et pour dettes échues tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce... » Les récépissés et les warrants doivent-ils être considérés comme des effets de commerce constituant des paiements faits régulièrement pour dettes échues et ne tombant pas sous le coup de la prohibition de l'art. 446, Code de Commerce.

Le récépissé semble n'être qu'un véritable instrument de vente destiné à transférer la propriété des marchandises et par suite un véritable paiement en nature. Il faut en conclure que la cession d'un récépissé faite à l'époque indiquée par l'art. 446 doit être déclarée nulle, puisque la loi interdit toute dation in solutum.

Sans doute un récépissé est l'objet d'un endossement comme un effet de commerce ; mais ce mode de transmission s'applique à des valeurs qu'on ne peut certainement pas assimiler à des effets de commerce.

C'est ainsi que les statuts d'une société anonyme ou en commandite par actions peuvent permettre le transfert des actions par simple endossement. Le cessionnaire d'un récépissé n'a pas, comme le cessionnaire d'un véritable effet

de commerce, acquis un titre constatant obligation de la part d'un tiers de payer une certaine somme d'argent à une échéance déterminée. Aussi la Cour de Cassation a refusé d'admettre l'assimilation « Attendu, dit-elle, que, bien qu'assimilés aux effets de commerce par la loi du 28 mai 1858, des récépissés et des warrants délivrés par les Magasins Généraux ne remplissent pas cette condition, lorsque, dans les dix jours qui ont précédé la faillite, un déposant les a endossés ensemble ou séparément au profit d'un de ses créanciers pour le couvrir d'une dette échue ; qu'en effet ils ne transmettent pas alors de créances sur un tiers, les Magasins Généraux n'étant débiteurs d'aucune somme, mais étant seulement tenus à la représentation des marchandises déposées, et d'autre part le déposant restant seul débiteur du bénéficiaire de ce premier endos ; attendu qu'une semblable négociation, quand elle s'applique simultanément, comme dans l'espèce, à des récépissés et à des warrants, constitue à la fois un paiement en marchandises et un nantissement également frappés de nullité, par l'art. 446, Code de Commerce. » (Arrêt du 7 mai 1866. Dal. 66. 1. 197). (1)

Mais cette solution, devons-nous l'admettre, comme le fait la Cour de Cassation, même pour les warrants ?

On a soutenu que tout rapproche les warrants des effets de commerce et que rien ne les en sépare ; que l'assimilation est faite par la loi de 1858 qui dans son article 11 porte « que les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme *effets de commerce*, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts. »

(1) Nous pensons que le droit de revendication qu'accorde l'art. 576, Code de Commerce, au vendeur non payé, ne peut pas être exercé lorsque les marchandises sont arrivées au Magasin général. J'assimile donc celui-ci à ce point de vue au magasin de l'acheteur.

La conséquence de cette doctrine c'est que le paiement effectué pour dettes échues par l'endossement d'un warrant, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, doit être considéré comme fait en effets de commerce et par conséquent être maintenu. C'est ce qu'avait admis la Cour de Grenoble dans un arrêt rendu le 18 décembre 1862. (Dal. 63, 2, 64) (1). Mais cet arrêt a été cassé par la Cour de Cassation le 7 mai 1866. On ne doit, en effet, entendre par effets de commerce que des titres négociables dont l'endossement opère paiement en transmettant au porteur une créance sur un tiers, tels, par exemple qu'un billet à ordre endossé, ou une lettre de change garantie par une provision. La lettre de change et le billet à ordre ont pour principe et pour base le crédit personnel et le warrant le crédit réel. Un billet à ordre est purement une promesse de paiement; un warrant est une hypothèque mobilière, une inscription prise sur des marchandises. Du reste le warrant ne constitue-t-il pas un nantissement? Or, l'art. 446 *in fine* porte « tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées » sont nuls. Si on n'admettait pas notre opinion, qu'arriverait-il? Les négociants qui seraient à la veille de la faillite déposeraient dans les Magasins Généraux toutes leurs marchandises et en donneraient les warrants aux créanciers les plus exigeants. Par suite, à l'ouverture de la faillite la masse chirographaire ne trouverait plus rien.

Toutefois cette solution générale doit recevoir une limitation provenant de ce que ce titre est négociable. La Cour de Paris a décidé le 31 décembre 1862 que le titulaire du

(1) Elle appliquait du reste la même théorie aux récépissés.

récépissé étant, d'après les désignations même du titre, le propriétaire apparent de la marchandise, il s'ensuit que l'endossement obtenu de ce titulaire par un tiers de bonne foi, transfère valablement la propriété à ce dernier qui n'est pas passible des exceptions qui pouvaient être opposées au cédant. Par suite, si le déposant tombe en faillite après avoir endossé le warrant dans la période douteuse à Primus qui lui-même l'a endossé à Secundus, Secundus aura acquis un droit assuré sur la marchandise. Nous devrions donner la même solution dans le cas où le warrant endossé par le déposant à Primus, serait endossé par ce dernier à Secundus, et où Primus tomberait en faillite. Bien que l'endossement soit intervenu dans la période de cessation de paiement, Secundus sera valablement saisi. Car dans cette espèce le warrant endossé par le prêteur, premier cessionnaire, a transporté au second la créance en deniers sur le déposant emprunteur. Ce droit de créance contre le premier endosseur donne à ce titre le caractère d'un véritable effet de commerce.

V. — FORMES DE L'ENDOSSEMENT

L'endossement du récépissé aura le plus souvent pour but et pour résultat de transférer la propriété de la marchandise déposée. Mais le récépissé peut être transféré à un autre titre qu'à titre de vente, par exemple à titre de mandat pour vendre ou retirer la marchandise. Comme le dit la loi l'endossement du récépissé confèrera à celui à qui il est transféré le droit de disposer de la marchandise, ce qui s'appelle en langage commercial un ordre de livraison. Lors de la discussion au Corps Législatif un membre avait proposé de substituer aux mots : droit de disposer, ceux-ci : droit de propriété. Ce changement ne

fut pas accepté. « Les mots : droits de disposer, a dit le rapporteur, nous ont paru réserver tous les droits et rendre particulièrement la pensée de la loi qui veut surtout faciliter la circulation de la marchandise » A défaut d'énonciation contenue dans l'endossement tout dépend des conventions intervenues entre le cédant et le cessionnaire. S'il y a contestation entre eux, ces conventions seront établies de la manière usitée en matière commerciale, c'est à-dire par les livres ou la correspondance. Mais le magasinier ou l'acheteur n'ont pas à se préoccuper des conditions du contrat dont l'endossement n'a été que l'exécution.

Le droit de disposer a permis au porteur du récépissé de retirer valablement la marchandise ou de la vendre. Au point de vue des énonciations que doit contenir le récépissé et le warrant, allons-nous appliquer l'art. 137 du Code de Commerce portant qu'en matière de lettre de change « l'endossement est daté, il exprime la valeur fournie, il énonce le nom de celui à l'ordre de qui il est passé. » L'art. 5 de la loi de 1858, porte que l'endossement du récépissé et du warrant transférés ensemble ou séparément doit être daté. Cette date est nécessaire pour apprécier la validité du contrat, pour savoir par exemple si les parties étaient capables au moment de l'endossement. Si par exemple l'endossement n'avait pas été fait après la déclaration de faillite. S'il y avait anti-date il y aurait lieu à l'application de l'art. 147 Code pénal qui punit des travaux forcés à temps le faux en écriture de commerce. L'énonciation de la valeur fournie n'est pas nécessaire dans l'endossement simultané du récépissé et du warrant ou dans l'endossement du récépissé seul. L'endossement du récépissé seul valant à l'égard des tiers transmission de propriété, ceux-ci n'ont aucun intérêt légitime à connaître le montant du prix de vente.

Il en est autrement de l'endossement du warrant séparé du récépissé. Nous pensons qu'il est nécessaire d'indiquer la valeur fournie.

Le § 2 de l'art. 5 de la loi du 28 mai 1858 a dit que l'endossement du warrant séparé du récépissé doit énoncer le montant intégral, en capital et intérêts, de la créance, ainsi que la date de son échéance.

La mention du montant de la créance doit se retrouver dans tous les endossements successifs ; car le créancier gagiste qui ne peut engager la marchandise pour une somme plus forte que sa propre créance, peut au contraire l'engager pour une somme plus faible. L'endossement du warrant doit encore, à la différence de celui du récépissé, indiquer la date de l'échéance de la créance garantie. Il faut, en effet, que le porteur du warrant puisse savoir à quelle époque il pourra exiger son remboursement, à quel moment il pourra exercer des poursuites.

L'art. 5 exige pour les endossements des warrants séparés des récépissés, l'indication des nom, profession, et domicile du créancier. L'indication du nom de la personne à l'ordre de laquelle l'effet est passé ne semble donc pas exigée pour l'endossement simultané du récépissé et du warrant et pour l'endossement du récépissé seul. Toutefois il faut, dans le silence de la loi, exiger néanmoins l'indication de celui à qui l'ordre est passé, dans le récépissé ; c'est ce qui a lieu dans la pratique. Il faut bien que le cessionnaire du récépissé se fasse connaître pour que l'administration des Magasins Généraux lui remette les marchandises ; il faut qu'il justifie de son droit de propriété.

Quant aux warrants nous devons remarquer que la loi se montre plus sévère que pour l'endossement des lettres

de change. En notre matière, on exige, en effet l'indication de la profession et du domicile du cessionnaire, tandis que l'art. 137, Cod. de Commerce, se contente de son nom. C'était un moyen de faciliter les relations du porteur du récépissé et du porteur du warrant (1).

Les endossements pouvant être successifs le signataire du second doit être le bénéficiaire du premier et ainsi de suite; car l'endosseur doit signer.

L'endossement du warrant est un acte de nantissement et comme tel astreint à des formalités spéciales n'ayant aucun rapport avec celles des lettres de change et des billets à ordre. C'est ainsi que l'art. 5 de la loi de 1858 décide que, pour se mettre parfaitement en règle, il faudra se rendre aux bureaux du Magasin Général et le prévenir que le warrant a été détaché du récépissé et pour quelle somme il a été endossé. Le directeur du Magasin Général devra transcrire sur ses registres le premier endossement du warrant et mettre au bas du premier endossement « vu pour transcription au registre, f^o, souche, le.... (signature du Directeur). » D'après la jurisprudence cette formalité est essentielle, le créancier gagiste ne serait pas investi de son droit de gage sans cette transcription. La nécessité de cette transcription de l'endossement du warrant sur les registres est ainsi expliquée dans l'exposé des motifs de la loi de 1858 « Quant à l'endossement du bulletin, pour se conformer aux principes, il faut en prescrire la transcription. Il est, en effet, un acte de nantissement et, dans le plus grand nombre des cas, il a lieu entre commerçants résidant dans la même place. Or, l'art. 95 du Code de Com.

(1) L'endossement des récépissés est ainsi conçu : « Livrez à l'ordre de M... demeurant à... » L'endossement du warrant porte : « Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de M... demeurant à... pour garantie de la somme de... payable le... (Signature et date) ».

exige que quand le prêt sur nantissement a lieu entre négociants ayant la même résidence, l'acte de nantissement soit enregistré. La date ne lui paraît pas suffisamment établie par les livres et la correspondance. Régulièrement il faudrait donc l'enregistrement de l'endossement, mais on peut considérer que la transcription sur les registres du Magasin en tient lieu et a les mêmes effets. Le préposé du Magasin est une sorte d'officier public dont la déclaration offre toute garantie de sincérité. » Cette formalité est donc présentée dans les travaux préparatoires comme l'équivalent de la formalité de l'enregistrement exigé pour la validité de la constitution du gage à l'égard des tiers. De là des difficultés depuis la loi du 23 mai 1863.

Supposons que le warrant étant endossé le 13 mars, on ne le fasse enregistrer que le 1^{er} avril, et que dans l'intervalle, le 25 mars par exemple, un créancier de l'endosseur fasse saisie-arrêt entre les mains du Magasin Général. Qu'est-ce qui doit triompher, du créancier qui a fait saisir arrêt ou de celui au profit de qui on a endossé le warrant? La Cour de Paris, le 1^{er} décembre 1866 (Sir. 1867. 2. 65) a donné raison au créancier saisissant. La Compagnie des Docks Napoléon soutenait que du moment qu'elle avait délivré un récépissé-warrant à un déposant, la marchandise sortait du gage général des créanciers du déposant, et se trouvait uniquement affectée aux droits des porteurs du récépissé et du warrant ; que par conséquent malgré une saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, elle était tenue de laisser le porteur du warrant procéder à la vente aux enchères de la marchandise. L'art 5 de la loi de 1858 remplaçait, dans l'esprit des rédacteurs, l'enregistrement des art. 2074 et 2075. C. C. ; en conséquence la loi de 1863, ayant supprimé la nécessité de l'enregistrement en matière de nantissement commercial, la

transcription du warrant ne doit plus être exigée aujourd'hui lorsque le nantissement doit être considéré comme commercial. La Cour de Paris a refusé d'admettre cette prétention. Il y a en effet, un grand intérêt à prévenir le Magasin Général que la marchandise est engagée et pour quelle somme. Cela permet à celui qui veut acheter la marchandise de savoir le montant de la créance garantie et quelle somme il doit consigner pour obtenir la livraison immédiate de la marchandise avant l'échéance de la créance. On aurait pu encore, avant 1863, justifier cette transcription en disant qu'elle constitue une formalité de publicité destinée à faire connaître aux tiers que les marchandises déposées sont grevées d'un droit de gage. Nous ne pouvons pas admettre, avec certains auteurs, que le législateur de 1863, aurait dû supprimer cette formalité pour mettre la loi de 1858, en harmonie avec les nouvelles règles qu'elle édictait en matière de gage commercial. Si tous les motifs qui légitimaient cette formalité ne peuvent plus être invoqués, elle conserve encore son utilité pour faciliter le mécanisme des warrants et des récépissés. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence décide avec raison que la transcription de la première cession, est encore aujourd'hui nécessaire pour donner date certaine à cette cession, qu'elle constitue une formalité substantielle et indispensable pour valider, le nantissement à l'égard des tiers, et que jusqu'à cette transcription les marchandises déposées peuvent être l'objet d'une saisie-arrêt de la part des créanciers du déposant. La loi de 1858 est une loi spéciale, à laquelle les dispositions générales de la loi de 1863 n'ont pas dérogé. S'il y a des endossements subséquents, la loi n'exige pas leur transcription. Et cela se conçoit, si on s'attache à la pensée qui, d'après les travaux préparatoires, a dirigé le législa-

teur ; car, une fois le warrant détaché et endossé pour une somme déterminée, on ne peut augmenter l'impignoration, on ne peut transférer le billet gagé que tel qu'il est. Exiger que la date des endossements successifs soit constatée par un officier public, ce serait empêcher les warrants de circuler couramment. Entre les mains des endosseurs subséquents, le warrant n'est plus qu'un effet de commerce avec privilège, sur certaines marchandises.

Il peut cependant y avoir utilité à faire transcrire les endossements ultérieurs, qu'il s'agisse de warrants ou de récépissés : c'est un moyen de faciliter les rapports du propriétaire de la marchandise avec le créancier gagiste à l'occasion du remboursement direct que le premier pourrait vouloir en faire au second. Aussi l'art. 16 du règlement de 1858 décide-t-il que « tout cessionnaire du récépissé ou du warrant peut exiger la transcription sur les registres à souche dont ils sont extraits de l'endossement fait à son profit avec indication de son domicile. » (1)

Nous venons de supposer que la transcription de l'endossement du récépissé était possible. L'art. 7 de l'arrêté du ministre des finances du 26 mai 1848 allait plus loin ; en cas d'endossement translatif de propriété, on devait mentionner sur les registres du magasin cet endossement.

Cette exigence de la loi avait soulevé les réclamations du commerce. Elle n'a rien de nécessaire au point de vue des principes du droit, car pour les marchandises la propriété est transférée *erga omnes* par le simple accord des volontés, lorsque l'objet du contrat est un corps

(1) Sous l'empire du décret de l'Assemblée nationale du 23 août 1848 (art. 1) la nécessité de la transcription semblait exigée pour chaque endossement.

certain. Et quant à la date certaine qui devait résulter de cette transcription, il n'était pas nécessaire pour l'obtenir de soumettre le commerce à cette gêne puisque, en matière commerciale, la preuve peut se faire assez facilement par les livres de commerce, la correspondance, etc... » L'exposé des motifs de la loi de 1858 a eu raison de dire que « dans la pratique, loin de servir elle nuit, puisqu'elle oblige à des formalités et à des démarches que le commerce redoute toujours. » Aussi depuis 1858, la transcription de l'endossement du récépissé n'est plus que facultative. Le Tribunal de Marseille a décidé le 29 septembre 1877 (jur. du trib. de Marseille 1878 n° 92) que la formalité de la transcription n'est pas exigée quand le récépissé et le warrant sont endossés au profit de la même personne. Lorsque l'endossement du warrant est régulier, la personne au profit de laquelle l'endossement est intervenu jouit de tous les droits d'un créancier gagiste. Si l'endossement est irrégulier devons-nous transporter dans notre matière la disposition de l'art. 138 du Code de Com. relative aux lettres de change « si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent, il n'opère pas le transport, il n'est qu'une procuration. »

La jurisprudence décide que la simple remise du warrant relatif à des marchandises déposées dans les Magasins Généraux ne suffit pas pour opérer les effets du nantissement au profit du porteur ; le détenteur d'un warrant ou d'un récépissé non endossé à son profit ne détenant pas la chose engagée elle-même n'a ni un droit de rétention ni un privilège. Le législateur n'a attaché le privilège résultant du contrat qu'à la possession effective du gage ; or la possession du warrant n'est que la possession de l'instrument du contrat de gage. Il en résulte que

le simple détenteur des titres ne peut ni les transférer à un tiers, ni s'en servir pour provoquer la vente de la marchandise et se faire payer sa créance par privilège sur le prix. Tant qu'il n'y a pas endossement du warrant, le contrat de nantissement reste imparfait, à l'état de projet. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation par un arrêt du 11 juillet 1876 confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 15 janvier 1876. (1)

« Attendu que.... le contrat de gage exige pour son efficacité, à l'égard des tiers, des conditions qui ne se rencontrent pas dans l'espèce; qu'il ressort également des mêmes déclarations, d'une part, que les warrants n'ont pas été passés à l'ordre des demandeurs et que, suivant les art. 4 et 5 de la loi du 28 mai 1858, la simple remise de ces warrants aux frères J.... n'a pu opérer les effets du nantissement à leur profit; d'autre part, que le gage n'a jamais été mis en leur possession ni en celle d'un tiers convenu entre les parties, puisqu'il n'a pas été stipulé que les Magasins Généraux ne conservaient plus les sucres après l'opération des transferts, qu'au nom et pour le compte des prêteurs. »

Si maintenant, au lieu d'absence d'endossement, nous supposons un endossement irrégulier, le porteur du warrant n'est, en général, considéré que comme un simple mandataire, passible des exceptions que le propriétaire des marchandises ou ses ayants-cause auraient pu opposer au mandant.

La question de l'efficacité de l'endossement en blanc du warrant s'est présentée le 12 mars 1879, devant la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation. Le déposant avait endossé, au profit de son commissionnaire, le warrant et le

(1) Sirey 1877, I. p. 249.

récépissé réunis. Celui-ci avait emprunté pour le compte de son commettant, en endossant le warrant au prêteur; puis, ultérieurement, le même commissionnaire violant ses obligations, avait fait un endossement en blanc du récépissé, au profit d'un tiers qui lui avait prêté une somme que le commissionnaire se proposait d'employer à ses propres affaires. Le commettant réclamait la restitution du récépissé au tiers porteur à une époque où ce dernier n'avait pas encore été remboursé par le commissionnaire. La Chambre des requêtes décida que l'endossement en blanc avait été suffisant parce que le gage commercial peut, d'après l'art. 109 Code de Comm., se constituer par tous les moyens, et que si l'endossement en blanc n'est qu'une forme d'endossement irrégulier, et ne vaut en principe que comme procuration, il y a là une présomption que la preuve contraire peut détruire, au moins entre les parties (l'endosseur et le preneur) et à ceux qui prétendraient que sans doute le gage des choses corporelles se constate par tous les moyens admis en matière commerciale, mais que, du moins quand il s'agit de titres à ordre, le gage ne peut être constitué que par un endossement au moyen des formalités édictées par l'art. 2075 Code civ., puisque, dans l'hypothèse contraire, le législateur n'aurait pas pris la peine de distinguer entre le gage des choses corporelles et celui des titres endossables, à ceux-là on peut répondre que le gage a pour objet ici, non pas un droit incorporel, mais les marchandises qui se trouvent dans les Magasins Généraux. Toutefois, cette doctrine de l'arrêt de la Chambre des requêtes semble être, comme on l'a fait remarquer, en contradiction avec la théorie de la Cour de Cassation que nous avons exposée plus haut, théorie d'après laquelle la simple remise d'un warrant non endossé est impuissante à constater un droit

de nantissement, à donner naissance à un privilège au profit de ce détenteur.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation n'aurait-on pas pu, même en admettant cette théorie, sur l'effet de l'endossement en blanc, refuser de reconnaître la validité du nantissement ? « Nous croyons qu'on aurait pu s'appuyer avec succès, pour obtenir la restitution des marchandises, sur ce que la constitution de gage peut s'opérer au moyen de l'endossement du warrant et non du récépissé. La loi du 28 mai 1858 n'indique qu'une forme de constitution de gage, et si l'on ne la considère pas comme restrictive à cet égard, on est amené à des solutions contradictoires. La loi du 28 mai 1858, art. 5, dernier alinéa, prescrit de transcrire sur les registres des Magasins Généraux le premier endossement du warrant. Rien de pareil n'est prescrit par la loi en ce qui concerne le récépissé.

Ainsi le receveur d'un Magasin Général pourrait se refuser à transcrire l'endossement du récépissé ayant pour but d'engager les marchandises. De cette manière le but de la loi ne serait pas atteint : le montant de la dette pour laquelle les marchandises sont engagées ne serait pas porté à la connaissance du public » (Lyon-Cahen, *Revue commerciale, revue critique*, année 1881, p. 290).

Cette opinion nous paraît seule conforme au texte, comme à l'esprit de la loi de 1858. Toutefois il faut reconnaître que la pratique endosse parfois les récépissés à titre de gage. Pour parer aux inconvénients de ce système, certains auteurs prétendent, qu'en ce cas, le premier endos doit être soumis à la formalité de la transcription, parce que les créanciers du déposant ont le même intérêt à connaître cette diminution de leur gage.

VI. — MANIÈRE DONT LE COMMERCE USE DU WARRANT

Dans la pratique, on ne voit pas circuler beaucoup de warrants. L'usage le plus fréquent est le suivant : un navire arrive dans un port, le propriétaire de la cargaison veut la vendre, mais l'acheteur ne peut payer immédiatement son prix. Aussi la marchandise est vendue avec un terme de paiement ; l'acheteur la dépose immédiatement au Magasin Général, puis détache le warrant et l'endosse à l'ordre de son vendeur en promettant de payer le montant du warrant dans trois mois, par exemple (1).

Puis le vendeur va faire escompter le warrant. En Angleterre, ce sont généralement des courtiers qui se chargent de ce soin et non seulement les banquiers, mais de simples particuliers les escomptent de préférence à d'autres valeurs négociables. En France, le warrant s'escompte directement à la Banque de France. Mais la Banque n'escompte les effets de commerce qu'à trois signatures, et dans notre espèce il n'y en a que deux, puisqu'il n'y a que deux endossements. Comment faire escompter ce warrant ? La réponse est dans l'art. 11 de la loi de 1858 ; lorsqu'un effet de commerce est garanti par un warrant, cette garantie matérielle équivaut à l'une des signatures exigées par les statuts de la Banque de France ; la marchandise est comptée comme une signature. La garantie résultant du privilège attaché au warrant remplace, en effet, avantageusement une signature. Les comptoirs et sous-comptoirs d'escompte pourront aussi

(1) Le vendeur reçoit un-à-compte. Il doit veiller à ce que la somme lui restant due ne dépasse pas une certaine proportion de la valeur de la marchandise indiquée sur le warrant ; sans cette précaution en escomptant son warrant, il ne pourra obtenir une avance égale au montant de sa créance.

escompter à une seule signature, puisque, d'après leurs status, ils escomptent à deux signatures. D'après les articles 8 et 9 de l'arrêté du 26 mars 1848, la Banque de France pouvait se contenter déjà de deux signatures et les comptoirs d'escompte d'une seule. Mais il fallait que le récépissé fut joint à un billet à ordre; c'était donc en réalité le billet qui était escompté.

Cependant il n'est rien dérogé aux règles générales qui régissent la Banque au sujet de l'admission à l'escompte : il faudra par suite pour qu'elle escompte le warrant que la signature du dernier endosseur soit celle d'un banquier ou d'un commerçant connu dont la signature soit admise à l'escompte. (1)

En Belgique, la banque d'Anvers escompte les warrants directement, dans des conditions avantageuses pour le commerce.

La banque nationale de Belgique n'accepte, au contraire, le warrant que comme troisième signature accompagnant un effet de commerce muni déjà de deux signatures, et créé par une cause autre que celle qui a donné naissance au warrant.

Les warrants pouvant être escomptés facilement par la Banque de France, on s'explique comment on ne les voit pas circuler comme monnaie commerciale, car la Banque les garde en portefeuille. C'est ce que fait aussi la banque d'Anvers. Le commerce considère aussi cette situation comme très avantageuse; car un commerçant n'aime pas que sa signature circule dans le commerce sur le warrant. Cela semble signifier, en effet, qu'on n'a pas eu confiance dans sa personne, qu'on n'a consenti à négo-

(1) La succursale de la Banque de France au Havre escompte actuellement pour plus de cent millions de francs de warrants par an.

cier le titre que parce qu'il était garanti. En pratique, quand les négociants croient devoir recourir aux warrants, ce n'est pas en leur nom qu'ils opèrent, c'est à un commissionnaire qu'ils ont recours.

Qu'importe, en effet, puisque la négociation du warrant repose sur la valeur de la marchandise et non sur la valeur de la signature, et constitue ainsi une opération principalement réelle.

Cette susceptibilité du commerce s'est manifestée en 1870 par la demande de la faculté de créer des warrants anonymes, c'est-à-dire qui ne porteraient pas la signature du commerçant emprunteur « Puisque nous parlons d'étude et d'expérience, disait M. Mathieu, dans son rapport au Corps Législatif, sur la loi du 31 août 1870, qu'il nous soit permis d'appeler l'attention du gouvernement sur une question que la commission n'a pas voulu trancher, quoiqu'elle ait été sympathique. Dans l'état actuel des choses le warrant porte entre autres indications le nom du déposant. Ne pourrait-il pas disparaître là où le déposant lui-même le désirerait ? Il s'attache à la consignation par un commerçant ou un industriel, de ses marchandises ou de ses produits, des suppositions souvent en désaccord avec la réalité des choses, et par suite un discrédit qui peut faire reculer celui qui, sans être gravement embarrassé, veut seulement obtenir et utiliser le capital prêté. Pourquoi ne pas lui permettre une consignation en quelque sorte anonyme ? En somme ce n'est pas à lui, c'est à la chose que confiance est faite, et en réduisant le warrant à ce qu'il exprime réellement, il semble que nul intérêt ne peut être compromis. »

Je crois que cette réforme serait nécessaire dans l'intérêt du développement des warrants auxquels s'attache aujourd'hui encore l'idée d'un dépôt fait dans une espèce

de Mont-de-Piété. Mais il faut réagir contre cette idée fausse ; il faut que le commerçant n'hésite pas plus à émettre un warrant qu'un billet à ordre, une lettre de change, qu'on arrive à considérer le commerçant qui use des warrants, comme un commerçant actif ayant un commerce étendu et ne laissant pas dormir sa marchandise. En attendant cette éducation de l'esprit public le warrant anonyme serait utile. En Belgique, la loi permettant l'intervention d'un tiers à qui le warrant peut être délivré à la demande du déposant, il en résulte que celui-ci peut faire délivrer les titres au nom de la Banque qui fait les avances.

De cette manière la signature du déposant ne figure pas sur les titres, et la Banque d'Anvers autorisant l'emprunteur à effectuer son remboursement partiel ou total par la remise de lettres de change, effets de commerce ou autres valeurs à agréer par elle, les opérations faites restent ainsi le secret de cet établissement. Mais pénétrons plus avant dans la pratique.

Un négociant porteur d'un warrant se présente pour l'escompter ; avant de lui donner des fonds il y a plusieurs opérations à faire. Un warrant ne s'escompte pas comme un billet de Banque, sur sa simple présentation. La première chose à faire pour le banquier est de s'éclairer sur le compte de la marchandise constatée dans le warrant ; car telle nature de marchandise est, dans ses qualités et sa valeur, excessivement variable ; d'autre part toute espèce de marchandise est sujette à des altérations. Il faut donc faire apprécier la marchandise et constater son état. Après ces études préparatoires, si l'opération est acceptée, c'est alors qu'il y a lieu à l'escompte de la valeur, du warrant. En France souvent, en pratique, le warrant n'est pas détaché du récépissé. La Banque

avance des fonds au déposant contre la remise du titre tout entier, warrant et récépissé. L'emprunteur constate le gage en opposant sa signature au dos du titre. La constitution du gage est une affaire secrète; puis quand le commerçant vient prendre la somme, il souscrit des billets à ordre ordinaires dans lesquels il n'est fait aucune mention de la constitution du gage. Si le banquier vient lui-même à avoir besoin d'argent il pourra, en usant de son crédit, faire escompter les billets de l'emprunteur, sans qu'il ait besoin de parler du gage. Si plus tard ce billet n'est pas payé par le souscripteur, le banquier sera forcé de le rembourser, mais il a sa garantie dans le titre déposé chez lui. C'est ainsi, que dans la pratique commerciale le warrant joue le même rôle qu'un connaissance.

Dans ces circonstances, si avant l'échéance le négociateur du warrant trouve à vendre une partie de sa marchandise, le dixième par exemple, il verse le dixième du montant de son warrant et la maison de banque lui donne l'autorisation de retirer le dixième de sa marchandise. D'autre part, si à l'échéance la marchandise n'a pas été vendue, le déposant se trouve dans la même situation qu'au moment de la remise du titre. Il s'agit alors de renouveler l'opération. Comme le renouvellement n'est pas autorisé par la loi, on annule la première opération et on la remplace par une opération semblable. En conséquence, on annule le premier warrant et on demande au Magasin Général un deuxième titre. Dans ce cas il est nécessaire de s'entendre avec les Magasins; « le banquier et les directeurs de Magasins doivent avoir quelque confiance respectivement. Comme les deux warrants ne peuvent exister à la fois, le banquier demande aux Magasins de lui remettre le deuxième en blanc et provisoirement pour faire le nécessaire, et quand tout est régularisé,

il remet le premier acquitté au magasin, où il est annulé ; c'est affaire de confiance et de bon vouloir entre les deux administrations. »

PREMIER APPENDICE

I — PERTE DU TITRE

L'art. 12 de la loi de 1858 prévoit la perte de l'un des éléments du titre délivré par les Magasins Généraux. « Celui qui a perdu un récépissé ou un warrant peut demander et obtenir par ordonnance du juge, en justifiant de sa propriété et en donnant caution, un duplicata s'il s'agit du récépissé, le paiement de la créance garantie s'il s'agit du warrant. » Cette disposition n'est que la reproduction de l'art. 152 C. de Commerce. Toutefois en matière de perte de lettres de change, la preuve de la propriété doit être faite par les livres. Le projet de la loi de 1858 voulait aussi qu'en notre matière la justification du droit de propriété fût faite par les livres. Mais la commission du Corps Législatif retranscha cette exigence ; on fit remarquer que le récépissé ou le warrant peut se trouver entre les mains d'un capitaliste qui n'aura pas de livres, et qu'il faut que ce dernier puisse justifier de sa propriété par tous les moyens, conformément au droit en matière commerciale. Mais il est bien entendu que pour un commerçant la preuve la plus simple consistera dans la production de ses livres.

La loi exige que celui qui a perdu son titre fournisse une caution, mais elle ne dit rien sur la durée de l'obli-

gation de cette caution. L'art. 12 étant la reproduction fidèle de l'art. 152 du Code de Commerce, il faut, je crois, donner à la durée de l'obligation celle admise par l'art. 155 « l'engagement de la caution mentionné dans les art. 151 et 152 est éteint après trois ans si pendant ce temps il n'y a eu ni demandes ni poursuites juridiques. » Je ne puis admettre l'opinion de ceux qui prétendent que la caution de l'art. 12 ne sera libérée que lorsque l'obligation créée par le récépissé ou le warrant aura cessé d'exister par le moyen de la prescription. On s'est demandé aussi ce qu'il faut entendre par ces expressions *par ordonnance* du juge. Les uns soutiennent que le législateur a fait allusion à un jugement du Tribunal de Commerce ; d'autres que c'est au Président du Tribunal de Commerce ou à un juge de ce tribunal de délivrer un nouveau titre par décision rendue sur requête. Ce dernier système est plus conforme au sens du mot *ordonnance*.

II. — DROITS DE TIMBRE ET D'ENREGISTREMENT

Un droit de timbre est dû pour ces deux titres, mais dans des conditions différentes. Les récépissés doivent être timbrés même avant tout endossement, au moment de leur création, ce qui, dans la pratique, a lieu en timbrant d'avance les récépissés sur les registres à souche des magasins.

Comme le récépissé est un certificat de propriété dont la transmission a lieu en général en exécution d'une vente, il rentre dans la classe des actes assujettis au timbre de dimension par l'art. 12 de la loi du 13 brumaire an VII. Le warrant, tant qu'il n'est pas séparé du récépissé, ne sert à rien, aussi aucune taxe ne peut l'atteindre.

Mais dès qu'il est détaché du récépissé c'est un effet de commerce ; aussi est-il dès lors assujetti au timbre proportionnel comme les autres effets de commerce. Il a d'abord vécu sous l'empire de la loi du 5 juin 1850 ; en 1871, la taxe fut accrue. Au mois de février 1874 une loi augmenta de moitié les droits supportés par les effets de commerce circulant en France. La loi du 22 décembre 1878 a réduit ces droits des deux tiers (voir l'article 1). Cette assimilation au point de vue du timbre entre les warrants et les effets de commerce a été l'objet de critiques (voir notamment séance de la Chambre des députés du 2 décembre 1878, observations de M. Haussmann).

Le timbre proportionnel auquel sont assujettis les warrants transférés séparément des récépissés et qui ne peut être appliqué d'avance est remplacé d'abord en pratique par un visa pour timbre donné au moment du premier endossement du warrant. Puis la loi du 2 juillet 1862 décida dans son art. 25 que le droit de timbre auquel les warrants sont soumis pourra être acquitté par l'apposition sur ces effets de timbres mobiles que l'administration est autorisée à vendre ou à faire vendre. D'après le décret organique du 29 octobre 1862, le timbre collé au dos du warrant par le premier endosseur devait être placé au-dessus de l'endossement et oblitéré immédiatement par l'inscription de la date de l'apposition et la signature du premier endosseur.

Un décret du 20 février 1874 exige en outre, pour l'oblitération, la mention du lieu où elle est opérée. D'après le décret du 8 septembre 1877 portant création de timbres mobiles pour les effets de commerce et les warrants, la quotité des droits fixés par les lois en vigueur et afférents à chaque catégorie sera indiquée sur ces timbres ; le paiement des

droits de timbre des warrants pourra être constaté au moyen de l'apposition de plusieurs timbres mobiles, même sur les effets d'une valeur supérieure à 20, 000 fr. pour lesquels il n'est pas créé de timbres spéciaux (1).

L'endossement du warrant non timbré ou non visé pour timbre ne peut être transcrit ou mentionné sur les registres du magasin sous peine, contre l'administration du magasin, d'une amende égale au montant des droits auxquels le warrant est soumis.

Quant aux droits d'enregistrement ils sont fixés de la manière suivante. Les récépissés et les warrants étant des actes sous seing privé, on n'est pas obligé de les faire enregistrer tant qu'on n'a pas besoin de les invoquer en justice ou devant toute autorité constituée, ou de les mentionner dans un acte public. Le récépissé est soumis par l'art. 13 de la loi 1858 à un droit fixe de 1 fr. On l'exempte par suite du droit proportionnel de 2 p. 0/0, auquel il devrait être soumis dans le cas où, étant transféré, il opère une transmission de propriété : c'est une faveur admise pour développer les opérations sur les marchandises déposées dans les Magsins Généraux. Ce droit de 1 fr. a été porté à 1 fr. 50 par l'art. 4 de la loi du 28 février 1872.

Le warrant au contraire est soumis à un droit de 0 fr. 50 par 100 fr. fixé par l'art. 69, § 2, n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII pour les effets négociables. L'art. 10 de la loi du 28 février 1872 porte : « il n'est rien innové en ce qui concerne les warrants. »

Mentionnons en terminant cette matière l'art. 37 de la

(1) L'administration de l'enregistrement a, le 25 février 1859, décidé que les autorisations de sortie en cas de retrait partiel des marchandises seraient inscrites sur le warrant même et ne donneraient lieu à aucune perception de droit nouveau.

loi des patentes du 15 juillet 1880 qui porte que « les compagnies de chemins de fer... ainsi que les établissements d'entrepôts et de Magasins Généraux, seront tenus de laisser prendre connaissance des registres de réception et d'expédition de marchandises aux agents des contributions directes chargés de l'assiette des droits de patente. »

C'est un moyen d'asseoir l'impôt plus équitablement d'après des faits authentiques.

DEUXIÈME APPENDICE

LÉGISLATION COMPARÉE

Cette étude sur les Magasins Généraux ne serait pas complète si nous ne jettions un coup d'œil rapide sur les dispositions des lois étrangères qui diffèrent de notre législation.

I

Une loi italienne du 3 juillet 1871 avait organisé les Magasins Généraux. Mais depuis le 20 avril 1882 l'Italie possède un nouveau Code de Commerce.

Les articles 450 à 471 traitent la matière des Magasins Généraux. Ces articles contiennent à peu de choses près des dispositions analogues à la loi française du 28 mai 1858 et au décret du 12 mars 1859. Voici quelles sont les principales différences entre les deux législations. L'art. 438 du Code italien décide que le récépissé et que le warrant peuvent être délivrés au nom du déposant ou au

nom d'un tiers. Dans l'art. 459 le porteur du récépissé et du warrant peut faire diviser la marchandise en plusieurs fractions, et se faire délivrer autant de titres que de fractions en restituant les titres originaux.

L'endossement du warrant est transcrit au Magasin Général et signé du souscripteur ; en cas de différence dans les mentions contenues au dos du titre et sur la transcription, les mentions faites sur le registre des transcriptions font foi. L'endossement non transcrit n'a pas d'effet contre l'administration du Magasin Général et contre les tiers. Il ne peut être exercé aucune opposition sur les marchandises et les denrées déposées aux Magasins Généraux, sauf dans les 3 cas suivants : Perte du titre ; contestations sur le droit à succéder (*diritto a succedere*) ; faillite ou changement d'état par lequel le possesseur du récépissé perd l'administration de ses biens. Par conséquent les créanciers du porteur du récépissé ne peuvent, en Italie, pratiquer une saisie-arrêt sur les marchandises déposées, tandis que, en droit français, nous leur avons reconnu cette faculté.

Enfin dans l'art. 669 la loi décide d'une manière formelle qu'en cas de perte de recours contre les endosseurs le porteur du warrant conserve son recours contre le souscripteur du titre, solution que nous avons admise avec quelque hésitation en droit français.

II

Une loi du 30 septembre 1872 a réglementé la matière des warrants à Genève. L'article 1 décide que le warrant est un titre négociable par lequel un dépôt de marchandises est effecté en garanti d'une promesse de paiement ; ce dépôt peut être effectué dans un entrepôt public ou dans les

magasins d'un négociant ou d'un commissionnaire. L'art. 2 porte que le warrant est soumis aux lois en vigueur concernant le billet à ordre et la lettre de change. D'après l'art. 4 les parties peuvent convenir dans le warrant du mode de vente qu'elles acceptent. Néanmoins le président du Tribunal de commerce peut ordonner qu'il soit dérogé à cette convention s'il estime que l'intérêt des parties ou des créanciers l'exige. Il peut être dangereux de permettre ainsi à l'autorité de modifier le contrat intervenu entre les parties (1).

III

En Belgique, c'est la loi du 4 mars 1846 qui a établi les Magasins Généraux ; puis une loi du 18 novembre 1862 s'occupe des warrants et des cédules.

Le warrant est délivré en double ; le double s'appelle cédule. Le warrant, seul, est un titre de gage des marchandises ; la cédule, seule, représente le droit de disposer des marchandises grevées de gage. D'après la loi Belge toute personne, dépositaire de marchandises, a le droit de

(1) Le Code fédéral Suisse des obligations, décrété le 10 juin 1881 est à peu près muet sur le récépissé et les warrants. Dans l'art. 212 il se borne à dire que les marchandises représentées par des titres susceptibles d'endossement, tels que récépissés de dépôt, bulletins de chargement et autres pièces analogues peuvent être données en gage par la simple remise au créancier gagiste des titres endossés à son profit. Puis il ajoute : S'il a été créé indépendamment du récépissé de dépôt un titre de gage spécial (warrant) la remise de ce titre endossé suffit pour constituer un gage, pourvu que la somme garantie et l'échéance soient indiquées sur le récépissé. Dans l'art. 844 on lit « que les warrants sont soumis aux dispositions relatives aux lettres de change en ce qui concerne la forme de l'endossement, la justification du droit de propriété du porteur, l'annulation et l'action et en restitution. »

délivrer des warrants et cédules, en représentation de ces marchandises.

En Belgique, une compagnie importante de Magasins Généraux s'est formée à Anvers ; c'est la Compagnie des Docks-Entrepôts et Magasins Généraux d'Anvers, Société anonyme autorisée, par arrêté royal du 19 mai 1865, dont les statuts modifiés ont été approuvés par arrêté royal du 23 septembre 1868.

IV

Dans les pays étrangers, en général, comme en France, la matière des Magasins Généraux n'est pas réglée par le Code de Commerce, mais fait l'objet de lois spéciales. Toutefois le Code de Commerce hongrois de 1875, mis en vigueur 1^{er} janvier 1876, contient un titre sur les Magasins Généraux (Titre VI, art. 434-452).

Cette loi renferme à peu près les mêmes règles que la loi Française. Entre autres dispositions originales on peut citer les deux suivantes : 1^o Le Magasin Général ne peut recevoir des marchandises que jusqu'à concurrence de trois fois son capital souscrit. 2^o La somme pour laquelle la négociation du warrant a eu lieu doit être mise en marge du récépissé.

V

L'Angleterre est le berceau de l'institution des Magasins Généraux : de bonne heure elle s'est répandue dans la Hollande et les villes hanséatiques, plus tard en Allemagne. Nous devons donc donner un aperçu de la Législation anglaise. Dans ce pays, toute liberté est laissée à toute personne d'ouvrir des magasins sans qu'une autorisation

soit nécessaire à cet effet. Le déposant qui veut tirer parti de ses marchandises s'adresse à un courtier qui, en Angleterre, est chargé de la vente des marchandises et en même temps joue le rôle de banquier. Le banquier avance jusqu'à concurrence des $\frac{3}{4}$ de la valeur de la marchandise et se fait remettre le warrant qu'il garde jusqu'à complet remboursement. Le déposant conserve le weight-note, titre de propriété qu'il garde s'il ne vend pas, qu'il endosse à l'acheteur après la vente. L'acheteur est tenu de payer l'avance faite au vendeur par le courtier, il remet immédiatement à ce dernier le quart, somme que le courtier remet au vendeur. Dès ce moment, en ce qui concerne le vendeur, l'opération est liquidée. L'acheteur, devenu propriétaire de la marchandise doit payer le reste de son prix dans un délai appelé *prompt*, indiqué sur le weight-note en même temps que l'à-compte payé. Aussitôt qu'il est désintéressé, le courtier remet le warrant à l'acheteur qui, muni des deux titres peut se faire délivrer la marchandise par l'Administration du Dock où la marchandise est déposée. Dans le cas où, à l'échéance, la marchandise n'est pas payée, le courtier peut sans formalités de justice et sans aucun retard faire vendre la marchandise aux enchères aux risques du débiteur. Ainsi, en Angleterre, le commerçant dépose son warrant chez son banquier qui lui ouvre un compte courant ; il peut alors se procurer toutes les sommes qui lui sont nécessaires jusqu'à concurrence des $\frac{3}{4}$ de la valeur de la marchandise, au moyen de chèques tirés sur le banquier.

CONCLUSIONS

A l'égard du régime des docks, le Gouvernement a fait à peu près tout ce qu'il pouvait faire en supprimant les dispositions législatives qui formaient obstacle à leur fonctionnement.

Peut-être toutefois, devrait-on accorder plus de liberté pour l'établissement des Magasins Généraux et pour la vente des marchandises qui y sont déposées (1).

C'est maintenant aux commerçants à multiplier les Magasins Généraux. Leur établissement est indispensable dans tous les ports de mer où abordent les navires au long cours, dans tous les pays de production spéciale (blés, vins, sucres, produits métallurgiques), et dans tous les grands centres industriels et de fabrique.

(1) Une nouvelle preuve de la faveur du Gouvernement vient d'avoir lieu pour les Magasins Généraux Trottot ; le Ministre des Finances a décidé que les coupons de cette Société seront payables chez tous les trésoriers-payeurs et receveurs particuliers, et en outre aux guichets du Crédit Foncier, à Paris.

Les Magasins Généraux permettent aux marchandises déposées de travailler comme capital. Dans une certaine mesure, grâce aux Magasins Généraux, les commerçants échappent à la responsabilité des risques qui peuvent atteindre leurs marchandises, puisque, hors le cas fortuit, l'administration du Magasin Général est responsable de la perte et de la détérioration des marchandises.

L'emploi du warrant multiplie les opérations commerciales et facilite la production et la fabrication en les alimentant d'une manière continue et régulière. Avec les warrants, les industriels sont libres de tripler ou quadrupler leur production et de vendre leurs produits lorsque les cours sont favorables. Par suite, ils contribuent à amener le bon marché de la marchandise ; au moyen des ventes qui ont lieu dans les Magasins Généraux, on obtient, d'autre part, le prix fixe de cette marchandise. — Dans les rapports internationaux, c'est par grandes masses de marchandises que les nations opèrent entre elles ; il faut donc accumuler les produits dans un même lieu, autant que possible dans le même local, pour faciliter ces rapports entre peuples étrangers ; les Magasins Généraux sont là pour satisfaire à ces besoins.

Les Anglais estiment, après longue expérience, que les Docks leur procurent une économie de 18 0/0 sur les magasins particuliers, rien que pour le magasinage et les manutentions de marchandises. On estime, d'autre part, qu'à Londres la valeur totale des marchandises vendues sur warrant s'élève annuellement à une somme de 2 milliards de francs.

Il faut donc développer les ventes dans les Magasins Généraux ; il faut que la marchandise, une fois sortie des mains du producteur ou du fabricant pour entrer dans les docks, ne conserve aucun esprit de retour. Pour faci-

liter l'écoulement des marchandises déposées, les Magasins généraux devraient s'adjoindre un bureau de commission. La plupart des producteurs ont recours à des placiers pour le placement de leurs marchandises, placiers qui se font payer très cher. Si les Magasins Généraux remplacent les placiers, comme ils opéreraient sur des quantités considérables, ils pourraient réduire les droits de commission. Le Magasin Général doit désormais réunir dans ses attributions la garde de la marchandise, la négociation des warrants et le placement de la marchandise.

VU ET APPROUVÉ

Lyon, le 11 juin 1882.

Le Président de la thèse,

EM. THALLER.

VU BON A IMPRIMER

Lyon, le 12 juin 1882.

Le Doyen,

E. CAILLEMER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Lyon, le 13 juin 1882.

Le Recteur de l'Académie,

E. CHARLES.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le pacte nu engendrait une obligation naturelle.

II. — La Publicienne accordée par l'Edit pour protéger l'acquisition d'une servitude *jure pratorio* ou la propriété provinciale était conçue *in factum*.

III. — Dans la vente sous condition résolutoire, en cas de perte totale de la chose, les risques étaient pour l'acheteur.

IV. — Lorsqu'il fut admis que la propriété revenait de plein droit à l'aliénateur par l'effet de la condition résolutoire, cette résolution se produisit sans effet rétroactif.

DROIT CIVIL

I. — La femme qui a accepté le remploi doit respecter les droits réels volontairement consentis par le mari avant son acceptation.

II. — La femme peut revendiquer ses immeubles pro-

pres aliénés par le mari, lors même qu'elle a accepté la communauté et qu'elle n'a pas fait inventaire dans les termes de l'art. 1483, Code Civ.

III. — La femme séparée de biens aliène valablement ses meubles, à titre onéreux, sans l'autorisation de son mari.

IV. — La femme, lors même qu'elle aurait constitué en dot tous ses biens présents et futurs, peut faire des acquisitions, à titre onéreux, qui seront sa propriété; on ne doit pas appliquer à ces acquisitions la présomption Mucienne.

V. — Le vendeur qui n'a pas publié son privilège dans le délai fixé par l'art. 6 de la loi du 23 mai 1855, perd son droit de suite et son droit *de préférence*.

VI. — L'art. 2082, § 2, Code civ., ne donne au créancier que le droit de rétention.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le rétrait partiel des marchandises du Magasin Général, même accompagné d'une consignation proportionnelle, n'est pas opposable au porteur du warrant et ne met pas la somme consignée à ses risques.

II. — La saisie-arrêt, faite par les créanciers du déposant, avant la transcription sur les registres du Magasin Général du premier endossement du warrant, est opposable au porteur du warrant.

III. — L'endossement du récépissé ne peut donner naissance à un droit de gage sur les marchandises déposées dans les Magasins Généraux.

IV. — Le porteur du warrant n'a pas droit aux indem-

nités dues à l'occasion de la marchandise, autres que celles dues par une compagnie d'assurance.

DROIT PÉNAL

I. — Le condamné par contumace à une peine afflictive et infamante est en état d'interdiction légale.

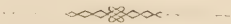
II. — La Cour d'assises est incompétente pour condamner à des dommages-intérêts envers l'accusé le juré qui a refusé de prêter le serment de l'art. 312, Code ins. crim., et qui par son refus a nécessité le renvoi de l'affaire à une autre session.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — En cas de dissolution de la Chambre des députés, par le président de la République, sur l'avis conforme du Sénat, on doit procéder à de nouvelles élections, dans le délai de trois mois.

II. — Le chef de l'État ne peut user une seconde fois du pouvoir que lui confère l'art. 5 de la loi des 25-28 février 1875, contre une Chambre nommée après une première dissolution.

TABLE DES MATIÈRES



DROIT ROMAIN

DU GAGE

I. Notions générales.	5
II. Division du sujet	3

CHAPITRE PREMIER

Historique

I. Difficultés pratiques pour arriver à la constitution du gage en Droit Romain.	9
II. <i>Pignus cum fiducia</i>	10
III. <i>Pignus sine fiducia</i>	12
IV. Interdit Salvien.—Hypothèque	15

CHAPITRE II

Etude du Mode de Constitution du droit de Gage

I. Caractères généraux du droit de gage.	17
II. Qui peut constituer un gage?	20
III. Quel peut être l'objet du gage ?	25
IV. Quelles créances peuvent être garanties ?	31
V. Quelles personnes peuvent profiter du contrat de gage?	34

CHAPITRE III

Effets du Contrat de Gage

I. Droits que peut avoir le créancier dans ses rapports avec le débiteur. — Droit de rétention. — Droits aux interdits	35
II. Gage Gordien	39
III. Indivisibilité du gage	43
IV. Antichrèse	47
V. <i>Jus abutendi</i> ou droit de vendre	50
VI. Formes de la vente	52
VII. Effets de la vente	56
VIII. <i>Dominii Impetratio</i>	59
IX. <i>Lex Commissoria</i>	61
X. De l'action <i>Pigneratitia contraria</i>	63
XI. Droits du créancier dans ses rapports avec les tiers.	69
XII. Droits qui appartiennent au débiteur	73

CHAPITRE IV

Comment le Contrat de Pignus prend fin	82
--	----

DROIT FRANÇAIS

DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS

Généralités sur le Gage

I. Définition du gage	89
II. Historique	89
III. Critique de la législation actuelle. — Réformes qu'on pourrait y apporter	91

CHAPITRE PREMIER

Des Magasins Généraux

I. Historique des Magasins Généraux, et leur origine.. . . .	105
II. Leur introduction en 1848	107
III. Utilité des Magasins Généraux	110

CHAPITRE II

De l'Organisation et du Fonctionnement des Magasins Généraux

I. Ouverture des Magasins Généraux	118
II. Opérations auxquelles peut se livrer un Magasin Général	124
III. Responsabilité des Magasins Généraux.	131

CHAPITRE III

Des Récépissés et des Warrants

I. Du Récépissé	138
II. Des warrants.	145
III. Droits du porteur du warrant	149
IV. Nature du warrant et du récépissé.	163
V. Formes de l'endossement	167
VI. Manière dont le commerce use du warrant	178

PREMIER APPENDICE

I. Perte du titre.	183
II. Droits de timbre et d'enregistrement	184

DEUXIÈME APPENDICE

Législation comparée

I. Italie	187
II. Genève.—Droit fédéral suisse	188
III. Belgique.	189
IV. Hongrie	190
V. Angleterre	190
CONCLUSIONS	192
